

A. I. N º - 278999.0021/06-5
AUTUADO - MINERAÇÃO SANTA MARIA LTDA.
AUTUANTE - CLEBER RAIMUNDO SANTOS MAFRA
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
INTERNET - 08.03.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0052-01/07

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO.. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os bens são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Infração comprovada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EFETUADA POR AUTÔNOMO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração mantida integralmente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PROTOCOLO ENTRE AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO ENVOLVIDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não sendo comprovada existência de Protocolo prévio entre os Estados envolvidos nas operações é correta a exigência do tributo. Infração subsistente. 4. EXPORTAÇÃO. INDICAÇÃO DA NATUREZA DA OPERAÇÃO COMO SENDO “REMESSA COM FIM ESPECÍFICO DE EXPORTAÇÃO”, PORÉM SEM COMPROVAÇÃO DE QUE O DESTINATÁRIO FOSSE POSSUIDOR DO REGIME ESPECIAL PARA OPERAR COM EXPORTAÇÃO INDIRETA. MERCADORIA BENEFICIADA PELO DESTINATÁRIO ANTES DA EXPORTAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Contribuintes não possuidores de Regime Especial para procederem exportação indireta. Mantida a exigência fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/08/2006, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de materiais oriundos de outras unidades da Federação e destinados a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro de 2003 e janeiro de 2004, sendo exigido imposto no valor de R\$539,74, acrescido da multa de 60%, conforme Anexo I - Diferença de Alíquota e cópias das notas fiscais e dos livros fiscais, apensadas ao PAF;

02 – Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, efetuadas por autônomos ou por empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses de setembro a novembro de 2001, fevereiro e maio a dezembro de 2002, março de 2003, março, junho e setembro a novembro de 2004, exigindo imposto no valor de R\$4.032,00, acrescido da multa de 60%, estando

os valores demonstrados no Anexo II, acostado ao PAF, bem como as cópias das respectivas notas fiscais de saída;

03 - Deixou de recolher o ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno, nos meses de setembro a novembro de 2001 e fevereiro a junho de 2002, exigindo imposto no valor de R\$ 6.028,17, acrescido da multa de 60%. Consta que não obstante as mercadorias objeto da industrialização tenham retornado após a industrialização por parte de terceiros, o contribuinte, quando da emissão das respectivas notas fiscais deixou de efetivar o lançamento do ICMS devido, descabendo a suspensão do imposto por inexistir regime especial e protocolo entre as unidades federadas envolvidas. Os valores encontram-se demonstrados no Anexo III, que foi acostado ao PAF, juntamente com as cópias das respectivas notas fiscais e livros fiscais;

04 – Deixou de recolher ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de produtos semi-elaborados equiparados a exportação, com destinatário sem regime especial para operar com exportação indireta, condição necessária ao reconhecimento da não incidência, nos meses de fevereiro a abril, junho, julho e setembro de 2002, exigindo imposto no valor de R\$ 17.380,32, acrescido da multa de 60%. Consta que o autuado efetuou vendas de blocos de quartzito ornamental para diversos destinatários no Estado do Espírito Santo, com destino específico de exportação, tendo os produtos remetidos passado por beneficiamento antes do embarque para o exterior. Os valores estão discriminados no Anexo IV, que está apenso ao PAF, juntamente com as cópias das respectivas notas fiscais e memorandos de exportação.

O autuado, através de representante legalmente constituído, apresentou impugnação às folhas 140 a 148, argüindo, a princípio, que desenvolve a atividade de extração e comercialização de blocos de granito, destinando-os à exportação.

Tratando do mérito, discorreu sobre as quatro infrações, como segue:

Infração 01 – Argumentou que as mercadorias objeto da autuação são aplicadas diretamente em seu processo produtivo, sendo indispensáveis à obtenção do produto final, gerando, em consequência, o direito ao crédito do imposto, com a dispensa do pagamento da diferença de alíquota. Manifestou o entendimento de que em relação às empresas de mineração, o RICMS/BA, através do art. 93, inciso I, alínea “e”, que transcreveu, permite a utilização do crédito referente às citadas mercadorias, quando empregadas diretamente no processo extrativo, não importando, para tanto, que elas integrem ou não os produtos resultantes da extração, desde quando proporcionem condições indispensáveis à extração e lavra dos blocos de granito.

Acrescentou que da forma como os materiais são utilizados na jazida, pode-se determinar, com base na correspondência do fato à norma, que eles são empregados no processo extrativo, não sendo cabível, desse modo, o pagamento da diferença de alíquota.

Infração 02 – Alegou que nas operações que realiza utiliza a cláusula FOB, considerando que seus clientes são os responsáveis pela coleta e transporte das mercadorias a partir das jazidas, caso em que, em conformidade com o art. 380, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97, o impugnante somente seria considerado como responsável pela retenção do ICMS se fosse o contratante do serviço, situação que não ocorre no caso em demanda.

Asseverou que a despeito do autuante ter o dever de configurar todos os elementos descritos no fato gerador, não demonstrou que foi a impugnante a responsável pela contratação dos serviços de transporte, motivo pelo qual a autuação não pode prosperar. Não cabe ao contribuinte o encargo de fazer a prova negativa dos fatos que lhe são imputados, já que essa tarefa é incompatível com os princípios jurídicos da legalidade, da segurança jurídica, da verdade real, da capacidade contributiva, do devido processo legal e do *in dubio pro contribuinte*, apresentando o pensamento do doutrinador Leonardo Sperb de Paola sobre a questão.

Prossseguiu, dizendo que sendo as operações autuadas referentes a serviços de transporte interestaduais, não se pode admitir a falta de recolhimento do imposto devido, desde quando as operações foram fiscalizadas nos postos fiscais deste Estado, que teriam procedido às devidas autuações, se acaso o transporte houvesse sido realizado de forma irregular.

Infração 03 – Insurgiu-se contra a alegação da fiscalização referente à inexistência de protocolo entre as unidades da Federação envolvidas nas operações, argüindo que essa exigência somente foi introduzida no RICMS/BA (§ 6º do art. 615), através do Decreto nº 8.645, de 15/09/2003, enquanto que as operações autuadas se deram em 2001 e 2002, o que torna a cobrança carente de fundamentação legal.

Enfatizou que de acordo com o art. 155, inciso II, da CF/88, o termo “operações” está vinculado a critério jurídico e não físico, no que se refere à observação da incidência do imposto, significando dizer que o fato gerador do ICMS depende da realização de uma operação jurídica, sendo as circulações meramente físicas irrelevantes para esse imposto. Argüiu ser este o caso das remessas de mercadorias para industrialização, com posterior retorno.

Infração 04 – Asseverou que no decorrer da ação fiscal comprovara a efetiva exportação das mercadorias comercializadas com essa destinação específica, ocorrendo, entretanto, que o autuante alegara que os destinatários não eram possuidores de regime especial para operar com exportação indireta e que os produtos haviam passado por beneficiamento.

Argumentou que sendo exigível o regime especial, a sua falta se constituiria num mero descumprimento de obrigação acessória, desde quando as exportações foram comprovadas, o que poderia gerar tão somente a aplicação de penalidade isolada. Nesse sentido, transcreveu a ementa referente ao Acórdão CJF 0081/00, deste CONSEF, que manteve a decisão de primeiro grau, determinando a exclusão do imposto e a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, considerando estar comprovado nos autos que a exportação fora realizada.

Contrapondo-se contra o argumento da fiscalização de que os produtos não poderiam ser beneficiados antes do embarque, transcreveu o inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, que diz respeito ao princípio da legalidade.

Observou que a Lei Complementar 87/96, através do transcrito art. 3º, inciso II, § único, inciso I, estende o benefício da não-incidência às vendas internas com o fim específico de exportação, sem vedar a possibilidade de beneficiamento das mercadorias. Afirmou que não tendo a referida lei estabelecido qualquer condição para a equiparação prevista, a invasão do executivo estadual na competência do legislativo federal atenta contra o estado de direito.

Salientou que não condiz com uma política industrial consciente o incentivo de exportações de mercadorias em seu estado bruto, penalizando o beneficiamento de tais mercadorias no país. Acrescentou que não existindo lei que impeça o beneficiamento de mercadorias alienadas com o fim específico de exportação, não pode o fisco impedir a exoneração sob esse argumento.

Disse, ainda, que a CF/88 disciplinou as funções de cada um dos três poderes, não se incluindo na competência do Poder Executivo a função legislativa. Sendo a inovação de ordem jurídica matéria de competência exclusiva do Legislativo e considerando que os decretos são atos administrativos de competência dos chefes do Executivo, os mesmos devem limitar-se a explicar e facilitar a aplicação da lei. Nesse sentido, transcreveu o pensamento dos juristas José Afonso da Silva, Hely Lopes Meireles, Misabel Derzi e Geraldo Ataliba, concluindo que o RICMS/BA não pode restringir uma exoneração prevista em lei complementar, na qual não há impedimento atinente ao beneficiamento das mercadorias destinadas à exportação.

Em reforço ao seu entendimento, transcreveu a ementa relativa ao processo RESP 135371/PR, proferido pelo STJ - Superior Tribunal de Justiça, que decidiu que a legislação estadual não pode contrariar disposição contida em lei federal.

O autuado alegou que sendo o objetivo da equiparação instituída pela LC 87/96, não tributar somente as operações cujas mercadorias foram efetivamente exportadas, essa finalidade foi alcançada, haja vista que a comprovação da exportação foi constatada pelo próprio autuante, o que significa que a autuação não pode prosperar.

Solicitou que em respeito ao princípio da eventualidade, caso persista alguma parcela devida da autuação, que os débitos restantes sejam adicionados ao saldo de sua conta gráfica, que apresenta saldo credor em alguns períodos. Disse que ao apurar os débitos, o autuante deveria ter reconstituído o saldo da referida conta, apurando o novo saldo, devedor ou credor, exigindo o pagamento do tributo e multa somente sobre o eventual saldo devedor apurado após essa operação.

Argüiu que o direito à reconstituição da conta gráfica está de acordo com o princípio da não cumulatividade, previsto no art. 155, § 2º, da CF/88, constituindo o impedimento ao seu exercício em violação aos preceitos constitucionais. Transcreveu o pensamento do tributarista Alcides Jorge Costa a respeito da natureza jurídica dos créditos do ICMS.

Requeru que a impugnação seja julgada procedente, cancelando integralmente o Auto de Infração, nos termos das alegações apresentadas.

Na informação fiscal, produzida às fl. 151/152, o autuante apresentou os seguintes esclarecimentos, em contestação aos argumentos constantes da peça defensiva:

Infração 01 – Os lançamentos concernentes à diferença de alíquota se referem a produtos utilizados como materiais de uso e consumo (conebits) no processo produtivo, gerando a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS correspondente à diferença de alíquota devido à sua característica dentro do referido processo, conforme notas fiscais anexadas às fls. 08 a 10. Acrescentou que em resposta a consulta relativa ao uso de tais produtos a GECOT/DITRI emitiu o Parecer n.º 228/2002.

Infração 02 – Observou que as notas fiscais que deram origem ao lançamento (fls. 13 a 55) registram a informação “frete por conta do emitente” ou omitem os dados correspondentes, contrariando a afirmativa do autuado de que as operações se deram com cláusula FOB, inclusive sem juntar nenhuma documentação comprobatória de suas alegações. Aduziu que de acordo com o art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Infração 03 – Argüiu que apesar do autuado ter afirmado que a exigência prevista no § 6º do art. 615 do RICMS/97, somente entrara em vigor a partir de 15/09/2003, data posterior à ocorrência da infração, a redação anterior desse artigo amparava legalmente o lançamento realizado.

Infração 04 – Salientou que as alegações do impugnante contrariam as disposições legais, uma vez que para a aplicação da não incidência do ICMS para as operações em tela, devem ser observadas as normas contidas no RICMS/97, quais sejam, aquelas constantes no art. 582, § 2º, inciso I e no *caput* do art. 585, vigente até 31/12/2002, apontando que os documentos apensos às fls. 113 a 135 comprovam a configuração da infração.

Manteve a ação fiscal na íntegra.

À fl. 152/verso consta AR - Aviso de Recebimento, através do qual o autuado foi cientificado quanto ao teor da Informação Fiscal, não constando dos autos, entretanto, que ele tenha se manifestado a respeito.

VOTO

No que diz respeito à arguição de constitucionalidade da exigência tributária, ressalto que essa atribuição não se inclui na competência deste CONSEF, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

Assim, deixo de apreciar os questionamentos do autuado por entender que a ação fiscal se encontra revestida das formalidades legais que envolvem as disposições e normas infraconstitucionais deste Estado.

Afasto as alegações defensivas que dizem respeito à desobediência aos princípios da legalidade, da segurança jurídica, da verdade real, da capacidade contributiva, do devido processo legal e do *in dubio pro contribuinte*, além de que a cobrança estaria carente de fundamentação legal, considerando que no caso da lide as infrações estão todas devidamente previstas no RICMS/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto. Ademais, foram elaborados e acostados ao processo, os demonstrativos de débitos para determinação do *quantum* devido referente a cada infração, com identificação dos respectivos documentos de origem, correspondentes aos períodos de ocorrência dos fatos geradores que foram objeto deste lançamento. Além do que, pelo teor da manifestação defensiva, depreendo que o sujeito passivo recebeu cópias dos referidos demonstrativos, considerando que exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação, evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Acrescento que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, haja vista que as infrações foram descritas de forma clara, tendo determinando, com segurança, a infração e o infrator.

No mérito, analisando as peças que compõem o presente PAF, verifico que o autuante imputou ao sujeito passivo quatro irregularidades. Por questões de método, analisarei as infrações na mesma seqüência abordada pela defesa.

A infração 01 se referiu à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de materiais destinados ao consumo do estabelecimento. Vejo que a exigência tributária está prevista no art. 1º, § 2º, inciso IV, bem como no art. 5º, inciso I, do RICMS/97, estando devidamente caracterizada nos autos.

Noto que o impugnante argüiu que os materiais arrolados na autuação são aplicadas diretamente em seu processo produtivo, sendo indispensáveis à obtenção do produto final, dispensando, consequentemente, o pagamento do ICMS relativo à diferença de alíquota. O autuante, por outro lado, manifestou o entendimento de que os referidos produtos, por se destinarem ao uso e consumo, não dão direito ao crédito, gerando, consequentemente, a obrigação de pagamento do imposto exigido.

Observo que para que os materiais sejam considerados como produtos intermediários, é necessário que não apenas sejam consumidos no processo produtivo, mas concomitantemente integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição, conforme está previsto no art. 93, § 1º, do RICMS/97. Das vias das notas fiscais anexados aos autos, constato que as mercadorias adquiridas se referem a peças de reposição e material de uso e consumo do estabelecimento, tais como: luvas, calçados e conebits.

Como a atividade de extração de blocos de granito, no que diz respeito à apropriação de créditos fiscais de ICMS assemelha-se substancialmente à de uma empresa industrial, verifico que dentre os produtos relacionados acima, mesmo aqueles que devido à dureza da rocha sofrem excessivo desgaste, no caso os conebits, são utilizados nos trabalhos de extração dos blocos, constituindo-se, dessa maneira, em peças de reposição e material de uso e consumo.

Ressalto que a jurisprudência do CONSEF nestes casos, é no sentido de que a aquisição dos referidos produtos enseja o recolhimento do imposto relativo à diferença de alíquota correspondente, tendo em vista que não são considerados produtos intermediários, pois não afetam o processo produtivo.

Para melhor elucidar esta questão, transcrevo trecho do Acórdão CJF N° 0015-11/03 (1ª Câmara de

Julgamento Fiscal), que trata de situações que guardam similaridade com o caso presente:

“...

Tem imperado nas decisões do CONSEF, órgão de julgamento administrativo fiscal do Estado da Bahia, o entendimento contido no Parecer Normativo nº 1, da Procuradoria da Fazenda Estadual, que expressa posição de que não estão albergados no conceito de produtos intermediários e de matérias-primas os chamados bens instrumentais ou ferramentais, considerados acessórios ou componentes de reposição de maquinários leves ou pesados. Nesse conceito se incluiriam as denominadas “bolas de aço” ou “bolas de moagem e britagem”. Com referência aos demais produtos elencados nos demonstrativos do Auto de Infração e referenciados na decisão da Junta, o Parecer Normativo nº 1 também os exclui do conceito de produto intermediário por se enquadrarem no conceito de produtos não afetados diretamente ao processo produtivo mas consumidos pelo estabelecimento na conservação, limpeza e em serviços diversos executados na linha de produção ou exploração de matérias-primas. A legislação do ICMS adota, desde a Constituição Federal até a lei ordinária, o princípio do crédito físico, salvo as exceções expressas, que vincula entradas tributadas a saídas tributadas. Esta é a substância do princípio da não-cumulatividade do ICMS, positivada no art. 155, § 2º, inc. I da Carta Magna, que admite a compensação do imposto em relação às operações de entradas tributadas vinculadas a saídas também tributadas, salvo hipótese de manutenção de crédito. Em consequência, a compensação do ICMS se estabelece com referência às operações de aquisição de mercadorias e produtos que estejam vinculados diretamente ao processo de transformação dos insumos de que decorra, na etapa seguinte, saídas tributadas pelo imposto. As etapas vinculadas a outros processos, indiretamente vinculados à produção, a exemplo da manutenção de equipamentos, tratamento de resíduos industriais e conservação de maquinário, que se realizam “a latere” do processo produtivo, ensejam consumo de produtos que a legislação fiscal dá o tratamento de materiais de consumo e que, portanto, não asseguram direito de apropriação de crédito fiscal. Em verdade, o sistema de crédito que tem imperado na operatividade do ICMS é restrito, não comportando ampliações para abranger os insumos empregados na conservação, limpeza ou reposição de peças de equipamentos (bens ferramentais), pois, tudo que entra no processo produtivo é insumo, porém, nem todo insumo gera direito ao crédito. Esse é o entendimento que deflui da interpretação das normas que compõem o ordenamento, referentes a crédito fiscal do imposto de circulação de mercadorias, contidas na Lei Complementar nº 87/96, Lei Estadual nº 7014/96 e Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Decisões reiteradas do órgão administrativo de julgamento consignadas nos Acórdãos nºs 0130/00, 0222/00, 1134/00, 1416/00, 1731/00, 2667/00, vem se posicionando no sentido de que produtos não diretamente afetados ao processo de produção ou extração não geram direito de crédito fiscal. Nessas circunstâncias, em que as citadas mercadorias, apesar de indispensáveis, não são objeto de consumo direto no processo produtivo ou extrativo ou na elaboração dos produtos finais, mas participam do processo na qualidade de agentes de manutenção dos equipamentos ou peças de reposição, enquadram-se na categoria de material de consumo, cujos créditos só estarão assegurados aos contribuintes a partir do ano de 2007, por força de disposição da Lei Complementar nº 114/02.”

Assim, não resta dúvida de que o entendimento dominante nas decisões prolatadas por este Conselho de Fazenda Estadual, embasado, inclusive, no Parecer Normativo nº 1, da Procuradoria da Fazenda Estadual, expressa a posição de que não estão albergados no conceito de produtos intermediários e de matérias-primas os chamados bens instrumentais ou ferramentais, considerados acessórios ou componentes de reposição de maquinários leves ou pesados, entre os quais incluiriam os materiais utilizados, no caso, pelo autuado.

Deste modo, considerando restar evidenciado que todas as mercadorias adquiridas se referem a peças de reposição e material para uso e consumo do estabelecimento, conforme verificado nas vias das notas fiscais, deve ser exigido o imposto concernente à diferença de alíquota que não fora recolhido. Concluo, assim, pela manutenção deste item da autuação.

A infração 02 consistiu na falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, efetuadas por autônomos.

O autuado alegou que não pode ser responsabilizado pelo pagamento do imposto, afirmando que são os seus clientes que cuidam da coleta e transporte das mercadorias retiradas das jazidas. Analisando as notas fiscais que ensejaram a exigência contida nesta infração, vejo que as mesmas se referem a operações interestaduais, caso em que pela leitura do art. 380, inciso I, alíneas “a” e “c”, do RICMS, que transcrevo abaixo, depreendo que, efetivamente, o responsável pela retenção e pagamento do imposto é o impugnante, haja vista que não sendo os destinatários localizados neste Estado não há como enquadrá-los como os responsáveis tributários.

“Art. 380. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo efetuar a retenção do imposto relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte:

I - sendo o serviço prestado por autônomo ou por empresa transportadora não inscrita neste Estado (Conv. ICMS 25/90):

a) o remetente ou alienante das mercadorias, se for estabelecimento inscrito na condição de contribuinte normal ou especial, e desde que seja ele o contratante do serviço;

...

c) o destinatário das mercadorias, nas prestações internas, quando for ele o contratante do serviço, se for estabelecimento inscrito na condição de contribuinte normal ou especial, sendo o remetente pessoa não inscrita ou não obrigada à emissão de documentos fiscais;”

Mantido, por consequência, esta infração.

A infração 03 decorreu da falta de recolhimento do ICMS referente à remessa de bens para industrialização em operações interestaduais, sem que houvesse protocolo entre as unidades da Federação envolvidas.

Não acato as argüições defensivas de que tal exigência somente fora introduzida na legislação tributária deste Estado após a ocorrência do fato gerador, o que tornaria a cobrança destituída de fundamentação legal. Saliento que a redação do caput do art. 615, do RICMS/97, vigente à época da exigência tributária, estabelecia a suspensão do ICMS tão somente nas remessas internas para industrialização, enquanto que a alínea o inciso II, do § 6º, desse mesmo artigo, estendiam o tratamento às operações interestaduais, estabelecendo, entretanto, que nos casos de remessa para industrialização envolvendo produtos primários de origem mineral, matéria que cuida da presente autuação, se fazia necessária a existência de protocolo entre a Bahia e o Estado envolvido nas citadas operações.

Para um melhor entendimento, transcrevo em seguida os aludidos dispositivos regulamentares:

"Art. 615. É suspensa a incidência do ICMS nas saídas internas e interestaduais de mercadorias ou bens a serem industrializados, total ou parcialmente, em estabelecimento de terceiro, por conta do remetente (Conv. AE 15/74, Convs. ICM 1/75, 18/78, 32/78, 25/81 e 35/82, e Convs. ICMS 34/90, 80/91 e 151/94).

Nota: A redação atual do caput do art. 615 foi dada pela Alteração nº 44 (Decreto nº 8645 de 15/09/03, DOE 16/09/03).

Redação originária, efeitos até 15/09/03:

"Art. 615. É suspensa a incidência do ICMS nas saídas internas de mercadorias ou bens a serem industrializados, total ou parcialmente, em estabelecimento de terceiro, por conta do remetente (Conv. AE 15/74, Convs. ICM 1/75, 18/78, 32/78, 25/81 e 35/82, e Convs. ICMS 34/90, 80/91 e 151/94)."

§ 6º A suspensão prevista neste artigo não se aplicará nas operações interestaduais com sucatas ou com produtos primários de origem animal, vegetal ou mineral, salvo quando for celebrado protocolo entre a Bahia e a unidade federada envolvida na operação, observadas as disposições nele contidas.

Nota: A redação atual do § 6º do art. 615 foi dada pela Alteração nº 44 (Decreto nº 8645 de 15/09/03, DOE 16/09/03).

A alínea "a", do inciso I, do § 6º do art. 615 foi revogada pela Alteração nº 41 (Decreto nº 8511 de 06/05/03, DOE de 07/05/03), efeitos de 07/05/03 a 15/09/03:

Redação originária, efeitos até 06/05/03:

"§ 6º A suspensão prevista neste artigo poderá aplicar-se, também, às operações interestaduais:

II - com sucatas ou com produtos primários de origem animal, vegetal ou mineral, desde que a remessa e o retorno real ou simbólico sejam efetuados nos termos de protocolo celebrado entre a Bahia e a unidade federada envolvida na operação."

Tendo em vista que as notas fiscais objeto deste lançamento se referiam a operações interestaduais de remessa de blocos de granito para industrialização e não existindo nos autos a comprovação de que houvesse protocolo entre a Bahia e os estados envolvidos nas citadas operações, mantenho a imposição em sua integralidade.

No caso da infração 04 foi exigido o ICMS que não fora recolhido, em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de produtos semi-elaborados equiparados a exportação, com destinatário sem regime especial para operar com exportação indireta.

O sujeito passivo ressaltou que comprovava a efetivação da exportação das mercadorias comercializadas e que em relação a uma eventual inexistência de regime especial por parte dos destinatários para operar com exportação indireta, tal fato se constituiria num mero descumprimento de obrigação acessória, passível tão somente de aplicação da penalidade correspondente.

Verifico que as operações objeto da autuação se referiram à comercialização de blocos de quartzito ornamental para empresas comerciais estabelecidas no Estado do Espírito Santo. Noto, por outro lado, que as consultas ao SISCOMEX/Receita Federal, apontam para exportações de chapas de granito, granito talhado e serrado, além de quartzito com 03, 02 e 7,6 cm de espessura. Observo aqui a ocorrência de três situações, que me conduzem a considerar a exigência fiscal totalmente caracterizada.

Em primeiro lugar, os documentos relativos às operações de venda para o exterior não versam em nenhum momento, sobre uma possível relação do autuado com essas exportações, à exceção dos memorandos emitidos pela empresa exportadora. Não se vislumbra nos autos, deste modo, que o Estado da Bahia tenha se beneficiado da parcela correspondente à fração da exportação que teria se originado neste Estado, o que caracterizaria a efetivação da exportação indireta. Ressalto, inclusive, que reforçando o meu entendimento, não foram acostados aos autos as cópias das notas fiscais referentes à exportação, nas quais deveriam constar os dados correspondentes às notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo destinadas à alegada exportação indireta, restando desatendido, deste modo, o disposto na Cláusula Terceira do Conv. ICMS 113/96, que transcrevo a seguir:

“Cláusula terceira. O estabelecimento destinatário, ao emitir Nota Fiscal com a qual a mercadoria será remetida para o exterior, fará constar, no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” a série, o número e a data de cada Nota Fiscal emitida pelo estabelecimento remetente.”

Em segundo lugar, constato terem ocorrido operações interestaduais para estabelecimentos comerciais exportadores, com o fim específico de exportação. Neste caso, houve infringência ao disposto no art. 582, § 2º, do RICMS/97, transscrito em seguida, que determinava à época de ocorrência dos fatos geradores, como condição para a não-incidência do ICMS, que os interessados tivessem prévio credenciamento para tanto, condição não atendida pelo autuado.

“Art. 582. A não-incidência de que cuida o artigo anterior aplica-se, também, à saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação para o exterior, destinada a (Lei Complementar nº 87/96).

Redação originária, efeitos até 31/12/02:

“§ 2º Nas remessas para exportação através de empresa comercial exportadora, inclusive “trading”, ou de outro estabelecimento da mesma empresa (incisos I e II), como condição para que a operação seja favorecida com a não-incidência do imposto, deverão os interessados obter prévio credenciamento do fisco estadual, a ser requerido, mediante regime especial:”

O terceiro ponto diz respeito ao fato de que a mercadoria comercializada na operação interestadual foi uma (quartzito em blocos), enquanto que os produtos remetidos para o exterior foram outros, resultantes de beneficiamento por parte dos estabelecimentos destinatários no Espírito Santo. Neste caso, o dispositivo regulamentar ferido foi o inciso I, do parágrafo único, do art. 585, do RICMS/97, vigente à época, conforme apresento abaixo:

“Redação originária, efeitos até 31/12/02:

“Art. 585. Para obtenção do credenciamento para exportação através de intermediários (art. 582, § 2º), a pessoa interessada solicitará regime especial nesse sentido, devendo o pedido ser protocolizado na repartição fiscal do seu domicílio.

Parágrafo único. Na solicitação de que cuida este artigo, quando efetuada:

1 - pelo fabricante ou suas filiais, além das informações ou elementos exigidos no art. 901, deverá ser feita declaração de que as remessas de mercadorias serão feitas com o fim específico de exportação, e que as mercadorias não sofrerão no estabelecimento exportador nenhum processo de beneficiamento, rebeneficiamento ou industrialização, salvo reacondicionamento para embarque; (efeitos até 30/12/98);”

Desta forma, fica mantida esta infração.

No que se refere às alegações defensivas concernentes à disponibilidade de crédito acumulado no período da autuação, saliento que esse fato não é motivo impeditivo para a efetivação do lançamento, desde quando sejam apuradas irregularidades praticadas pelo sujeito passivo. Observo, por outro lado, que o autuado poderá pleitear perante a SEFAZ, que os débitos resultantes do Auto de Infração em lide sejam pagos com a utilização dos créditos, porventura existentes, conforme disciplina o art. 108, II, “c”, e seu § 1º, do RICMS/97, que transcrevo a seguir.

“Art. 108. Os créditos fiscais acumulados a que aludem as alíneas “b” e “c” do inciso I e os incisos II a V do art. 106 poderão ser (Conv. AE 07/71):

II - utilizados para pagamento de débitos decorrentes de:

c) autuação fiscal;

§ 1º do art. 39, mediante prévia autorização do Secretário da Fazenda, em processo regularmente instruído, de iniciativa do interessado, ouvida previamente a Gerência de Tributação do Departamento de Administração Tributária (Conv. ICM 21/87);”.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração,

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278999.0021/06-5, lavrado contra **MINERAÇÃO SANTA MARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 27.980,23**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alíneas “a”, “e” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de fevereiro de 2007.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR