

A. I. N.^º - 232957.0004/07-0
AUTUADO - MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A
AUTUANTE - CARLOS ANTONIO ALVES NUNES
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA
INTERNET - 12.05.2009

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N^º 0083-02/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Não cabe a utilização do crédito fiscal relativo às entradas de tais materiais, pois ficou demonstrado serem destinados ao uso e consumo. Infração caracterizada. **b)** SERVIÇO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. Utilização do crédito relativo a serviço de industrialização. Infração subsistente, acolhida pelo autuado. **c)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRASPORTE. Serviços de transportes não vinculados a operações tributadas subsequentes. Infração subsistente. **d)** DESTAQUE NO DOCUMENTO FISCAL INFERIOR AO UTILIZADO. Infração subsistente, acatada pelo autuado 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE ENTRADAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração subsistente, acatada pelo autuado. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração comprovada. **b)** MATERIAL PARA O ATIVO IMOBILIZADO. Infração comprovada. **c)** PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRASPORTE NÃO VINCULADA A OPERAÇÃO TRIBUITADA SUBSEQUENTE. Infração caracterizada. 4. IMPORTAÇÃO. “DRAWBACK”. NÃO ATENDIDAS AS CONDIÇÕES PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. Ficou evidenciado que a obtenção e fruição do benefício do diferimento é condicionada ao atendimento de pré-requisitos, os quais o autuado não demonstrou atendê-los integralmente. As bolas de moinho, ou bolas de aço, não são consideradas matérias primas ou insumos, pois não compõem o produto final que será exportado, legítima a exigência fiscal da cobrança do imposto incidente nas importações de tais produtos. O carvão ativado, contudo, é consumido a cada ciclo produtivo do autuado. Mantida parcialmente a exigência. Afastada a alegação de nulidade. Auto de Infração PARCIALMENTE PROCEDENTE. decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 31/08/2007, foram imputadas ao sujeito passivo as infrações que seguem:

Infração 01 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente às aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento durante os meses de fevereiro/05, fevereiro/06, julho/06, agosto/06 e setembro/06, totalizando a infração em R\$2.018,68, com multa de 60%;

Infração 02 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$6.245,60, com multa de 150%, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Consta que a nota fiscal nº 898 se refere à cobrança do serviço de industrialização e as notas fiscais números 15564, 16055, 16379 e 17082, emitidas pela Umicore Brasil Ltda, se refere ao serviço de industrialização por encomenda, que nessas operações e prestações com mercadorias não dão direito ao crédito fiscal.

Infração 03 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sobre serviços de transportes rodoviários interestaduais ou intermunicipais, não vinculados a processo de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas. ICMS no valor de R\$24.939,43, multa de 60%;

Infração 04 - utilizou crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. ICMS no valor de R\$9.382,79, multa de 60%;

Infração 05- deixou de recolher o ICMS com diferimento nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. ICMS no valor de R\$59.426,33, multa de 60%;

Infração 06 – recolheu a menos ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro de Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no Livro de Registro de Apuração do ICMS. ICMS no valor de R\$11.948,62, multa de 60%;

Infração 07 - falta de recolhimento de ICMS em decorrência da diferença entre a alíquota interna e a interestadual nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da federação de mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento, ICMS no valor de R\$ 108.951,15, multa de 60%;

Infração 08 - falta de recolhimento de ICMS em decorrência da diferença entre a alíquota interna e a interestadual de outras unidades da federação de mercadorias destinadas ao uso e consumo do estabelecimento, ICMS no valor de R\$207.611,52, multa de 60%;

Infração 09 - falta de recolhimento de ICMS em decorrência da diferença entre a alíquota na utilização de Serviço de Transporte, cuja prestação teve início em outra unidade federativa, não sendo vinculada a prestações subsequentes alcançadas pela incidência do imposto. ICMS no valor de R\$66,42, multa de 60%;

Infração 10 – falta de recolhimento de ICMS nas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Consta que se trata de diversos materiais, especificamente para consumo, utilizando o Drawback, na modalidade de suspensão, situação não albergada por esse regime e, também, na importação de máquinas e equipamentos tendo como tratamento tributário o diferimento, efetuando o desembaraço aduaneiro de ambas situações de forma equivocada, consequentemente, não recolheu o ICMS devido nas aquisições de mercadorias oriundas do exterior sujeitas ao pagamento do imposto. ICMS no valor de R\$869.775,26, multa de 60%.

Importa o presente Auto de Infração em R\$1.300.365,80.

O autuado, às fls. 815 a 827, apresenta impugnação ao lançamento de ofício, consignado, preliminarmente, que as infrações 02, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, bem como uma parcela das infrações 03 e 10, não serão impugnadas, uma vez que a mesma decidiu por recolher os valores correspondentes.

No que diz respeito a Infração 01, relata que é imputado ao autuado o suposto creditamento indevido do ICMS recolhido nas aquisições dos seguintes materiais: tubo/mola (mola de

retenção); caixa de mola; coroa impregnada; barrilha leve; e solução de hipoclorito; pois, tais materiais, seriam destinados ao uso e consumo do estabelecimento.

Entende que tal creditamento não é indevido, visto que os aludidos materiais não são destinados a uso e consumo como estabelecido pelo Autuante. Observa que o art. 93, V, "b" do RICMS/BA, define os materiais destinados ao uso e consumo. Tal conceito, alega o autuado, não se identifica com as mercadorias em comento, uma vez que, conforme se poderá comprovar mediante perícia técnica, estas são utilizadas no processo produtivo do autuado, sendo indispensáveis à atividade de extração mineral, ademais, elas entram em contato direto com o produto final (ouro), e, se consomem, ao ponto de restarem inutilizáveis, ao fim de cada processo produtivo.

Complementa que, ainda assim, junta aos autos alguns laudos técnicos, em anexo (doce. 02), que demonstram o quanto acima afirmado. Assevera que, diante disso, não resta dúvida acerca da possibilidade do creditamento do ICMS recolhido nas aquisições destas mercadorias, por força do disposto no art. 93, § 1º, I, "b", do RICMS/BA.

Conclui que tais mercadorias são, na realidade, produtos intermediários utilizados e consumidos em cada processo produtivo, e, se revelam como autênticos insumos necessários à extração mineral, conforme se depreende da análise do Parecer Normativo nº 01/81, que transcreve parcialmente.

Aduz que a circunstância em que o insumo integra o produto final não é a única que leva à possibilidade de admissão do creditamento. Existe outra alternativa na norma que se cumpre de modo rigoroso no processo produtivo do autuado, qual seja, o desgaste de alguns materiais a ponto de torná-los inservíveis para outro ciclo produtivo.

Diante do exposto, entende que há de se verificar que os materiais em questão não são destinados a uso e consumo do estabelecimento, e sim produtos intermediários utilizados no processo produtivo de extração mineral, logo, o creditamento efetuado pelo autuado é legítimo, e, esta infração deve restar elidida.

Quanto à infração 03, assegura que é cabível o creditamento do ICMS recolhido sobre os serviços de transporte interestadual e intermunicipal, quando estes serviços estão relacionados a um processo produtivo que enseje em operações de saídas tributadas. Desta forma, há de se verificar que, conforme demonstra tabela em anexo (doe. 03), uma parcela dos serviços de transportes contidos na Infração 03 refere-se sim aos fretes correspondentes às aquisições de materiais que são utilizados como insumos no processo produtivo do autuado. Assim, o ICMS incidente sobre os serviços de transporte decorrente da aquisição destes produtos intermediários, pode ser encriturado como crédito do tomador do serviço (adquirente da mercadoria), conforme determina o art. 93, V, do RICMS/BA.

Conclui que a infração 03 não deve subsistir no tocante aos serviços de transporte relacionados às aquisições de produtos intermediários, uma vez que, quanto a estes, é cabível o creditamento do ICMS recolhido.

Assegura que, em relação à Infração 10, a mesma é composta por duas infrações distintas: A) Falta de recolhimento do ICMS supostamente incidente sobre as operações de importação sob o regime de Drawback na modalidade suspensão. B) Falta de recolhimento do ICMS pretensamente incidente sobre as operações de importação de máquinas e equipamentos tendo como tratamento tributário o diferimento.

Aduz que há, ainda, uma parcela desta infração que é relativa às importações que foram efetuadas sem o regime de Drawback e também sem o tratamento tributário do diferimento a qual o autuado julgou melhor recolher os valores correspondentes.

Quanto à primeira infração (a), afirma que o autuante impôs a cobrança de ICMS nas operações de importação sob o regime aduaneiro de DRAWBACK, de corpos moedores (bolas de aço) para

tratamento de minério aurífero (ouro), e de carvão ativado, sob alegação de que o desembarque aduaneiro ocorreria de "forma equivocada", como se lhe fosse licitamente permitido adentrar na esfera de competência da Secretaria do Comércio Exterior. Na mesma seara da ilegalidade perpetrada contra o autuado, o Auditor Fiscal reputou, a seu exclusivo critério, os referidos corpos moedores e carvão ativado - produto intermediário consumidos no ciclo produtivo do autuado - de materiais para uso e consumo.

Alega que, primeiramente, há de se observar que o regime aduaneiro especial de DRAWBACK resulta do estabelecimento, pela União Federal, de uma política fiscal interna de incentivo à exportação. O objetivo é reduzir o custo de aquisição de matérias-primas e insumo provenientes do exterior, através da suspensão dos tributos que incidiriam sobre a sua importação, quando o produto final de sua utilização (seja a própria mercadoria importada após o beneficiamento, ou, uma outra mercadoria que tenha sido produzida com aplicação da mercadoria importada) destinado à exportação posterior, citando o art. 78, II do RICMS/BA.

Assevera que no Regulamento Aduaneiro, sem afrontar o Decreto Lei 37/66, isto é, sem restringir as hipóteses legais de concessão do regime especial de Drawback, estende a aplicação do benefício aos produtos importados que, mesmo não integrando o produto a ser exportado, sejam utilizados na fabricação do outro produto a ser exportado. Destaca que a única regra a restringir a concessão do Drawback, condiciona que os produtos importados - seja qual for a sua natureza - sejam integralmente utilizados no processo produtivo, ou na embalagem, acondicionamento ou apresentação das mercadorias a serem exportadas, de modo que, após o uso dos mesmos no ciclo produtivo da exportação, nada mais reste a ser aproveitado no mercado interno, ou seja, é necessário que ocorra o seu desgaste de tal modo que não mais sirva para o consumo no mercado interno. Reproduz a norma inserta no Regulamento Aduaneiro: (art. 341, parágrafo único).

Afirma que, além da legislação disciplinadora do Drawback possibilitar a concessão deste regime às hipóteses de importação de mercadorias que não integrem fisicamente o produto a ser exportado, ela permite, também, que a eventual sobra destas mercadorias sejam destinadas ao consumo no mercado interno, desde que haja o pagamento proporcional dos impostos anteriormente suspensos. Considera que, em via oposta, a conclusão refletida é que o regime aduaneiro de Drawback pode ser validamente concedido mesmo para a entrada de produtos que venham ser utilizados eventual e posteriormente no mercado interno (não constituindo a hipótese aqui tratada), sendo certo que, mesmo nestas hipóteses, o regime não se desnatura, isto é, não se transmuda em ato irregular, bastando que a importadora proceda ao despacho para consumo destes bens, com o pagamento de impostos proporcionalmente fixado em relação à parcela dos bens nacionalizados.

Entende restar demonstrado que a apuração da utilização de forma integral ou não dos produtos importados sob o regime de Drawback é procedimento posterior à entrada destes no país, que se dá apenas após o encerramento do prazo de concessão do regime, vale dizer, do prazo fixado para a exportação de mercadorias.

Ressalta, assim, o entendimento de que o ato de deferimento da Drawback não pode ser impugnado em razão de meras considerações de utilização para o consumo integral ou não dos produtos importados. Consigna que esta avaliação não cabe no momento do deferimento do regime, já que somente pode ser levada a cabo após o prazo de vigência do mesmo.

Argumenta que, acaso seja apurada eventual sobra dos produtos importados, após o ciclo de produção das mercadorias destinadas à exportação, a consequência legal não recai na atribuição de ilegalidade do regime, eis que a norma vigente disciplina os procedimentos de nacionalização do remanescente. Em seu entendimento o que vem a ocorrer após o uso dos produtos importados, seja qual for a hipótese, não inválida o ato de concessão do regime especial de Drawback.

Acrescenta a impossibilidade de desconfigurar o regime de Drawback concedido por regular ato administrativo, em virtude do modo de aplicação dos produtos importados (há disciplina legal específica para regular esta situação, sem ferir a validade do regime concedido), impende também trazer à discussão o fato irrefragável de que a competência exclusiva para a concessão do Drawback na modalidade suspensão - como é a hipótese do caso em apreço - é da Secretaria de Comércio Exterior, órgão que integra o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, ex vi do art. 338 do Regulamento Aduaneiro.

Argui que não pode, portanto, o Fisco do Estado da Bahia extrapolar os limites da competência administrativa atribuída a órgão federal, para a concessão do regime de Drawback, tomando para si o controle administrativo deste ato. Assegura admitir-se, em última instância, que um ato concessivo de regime de Drawback possa ser revisto, contudo o controle deste ato somente pode ser exercido pelo órgão que o praticou, não por outro, muito menos pelas Secretarias de Fazenda estaduais.

Conclui que, diante do exposto, pode-se verificar que a condição para a concessão do regime de Drawback na importação das “bolas de aço”, também chamadas “bolas de moinho”, e do “carvão ativado”, pelo autuado, é a sua utilização no processo de beneficiamento do ouro para exportação. A competência exclusiva para conceder o Drawback é da Secretaria de Comércio Exterior, não sendo juridicamente válida a consideração do Fisco baiano de que o desembarque aduaneiro deu-se de “forma equivocada”.

Afirma que, de outro lado, para que persista a suspensão dos tributos incidentes na exportação, é necessário que o consumo das bolas de moinho e do carvão ativado no processo de beneficiamento do ouro ocorra de forma integral, isto é, de modo que o seu uso ocorra com um desgaste tal, que já não sirva mais a outra finalidade, por ter sido inteiramente consumida no processo produtivo. Esta circunstância, efetivamente presente na utilização das citadas bolas de moinho, bem como do carvão ativado, será objeto de prova cabal na fase de instrução do presente feito, através da realização da prova pericial, ao final, requerida.

Entende que, mesmo que não ocorresse o consumo integral das bolas de moinho e do carvão ativado importados - o que ventila apenas para favorecer o debate, visto que esta não é a hipótese dos autos - nem assim estaria invalidado o regime de Drawback, sendo a eventual sobra objeto de regulação específica pelas normas supra transcritas.

Argumenta que são isentas da cobrança de ICMS, as mercadorias importadas sob o regime de Drawback, do que deflui a impossibilidade de cobrança deste imposto na entrada das bolas de moinhos e do carvão ativado no país.

Por outro lado, afirma que o Autuante considerou que as operações de importação, sob o regime de Drawback, na modalidade suspensão, tiveram como objeto materiais de uso e consumo, o que não condiz com a realidade. Os materiais importados - Bolas de Moinho e Carvão Ativado - são autênticos produtos intermediários, pois são destinados à produção, sendo utilizados no beneficiamento do ouro a ser exportado, consumindo-se integralmente em cada ciclo produtivo do autuado.

Aduz que do "Resumo do Descritivo de Processo do Tratamento de Minério da Mina de Ouro da Fazenda Brasileiro" (doe. 04), já se percebe, mesmo em sede de avaliação perfunctória, a condição de desgaste das bolas de moinho no ciclo produtivo (processo de moagem). Seu consumo ocorre por abrasão em virtude do contato com a polpa do minério, de tal forma que o desgaste é consumado de forma integral. O reconhecimento de que as bolas de moinho são, efetivamente, produtos intermediários reside já no entendimento perfilhado neste egrégio Conselho de Fazenda, que assim pronunciou-se nos autos do processo administrativo decorrente do Auto de Infração nº 206941.0103/03-7, Acórdão CJF nº 0076-12/05.

Devo destacar que o recorrente traz para a nossa reflexão a Instrução Normativa SLT nº 01/2001, da Secretaria da Fazenda de Minas Gerais que, expressamente, considera produto intermediário a "bola de moinho" utilizada pelas empresas mineradoras na lavra e no beneficiamento de seus produtos.

Na verdade, esse entendimento, em relação a mineradoras tem sido acolhido neste Conselho de Fazenda, reconhecendo o direito ao crédito do tributo nos produtos intermediários utilizados na extração e beneficiamento de minérios.

Desta forma, estou convencido de que as "bolas de minério" utilizadas pela recorrente na preparação da polpa do minério, no processo denominado de "flotação", por serem consumidas nesse processo, constituem crédito fiscal para o contribuinte nos termos do citado art. 93 do RICMS/97.

Faz referência ao art. 2º da Instrução normativa de MG, SLT nº 01/2001:

Art. 2º Para efeitos de crédito no imposto, considera-se produto intermediário, observado o disposto na Instrução Normativa SLT n. 01, de fevereiro de 1986, todo material consumido nas fases do processo desenvolvido pelas empresas mineradoras, tais como: broca, haste, manto (correia transportadora), chapa de desgaste, óleo diesel, tela de peneira, filtro, bola de moinho, amido, amina/soda caustica, dentre outros, consumidos na lavra, na movimentação do material e no beneficiamento.

Assegura que este CONSEF, por diversas vezes, já demonstrou que adota o entendimento de que o ICMS recolhido nas aquisições das bolas de moinho pode ser creditado, pois estas são produtos intermediários. Como exemplo disto, tem-se o Acórdão CJF nº 0330-12/06.

Afirma que, por sua vez, o carvão ativado também é um insumo indispensável, que é utilizado no processo produtivo, consumindo-se totalmente a cada ciclo de produção a ponto de restar inutilizável, conforme se percebe da análise do laudo em anexo (doe. 05).

Assegura que resta claro que as mercadorias importadas (bolas de moinho e carvão ativado) sob o regime da Drawback são alcançadas pelo benefício da isenção previsto no art. 575, § 1º, I, "b", do RICMS/BA, pois são utilizados no processo produtivo de mercadorias a serem exportadas.

Quanto às "Importações com Recolhimento do Diferimento" aduz que o Autuante atribui à Autuada a realização equivocada do desembaraço aduaneiro relativos às importações de máquinas e equipamentos, com o tratamento tributário do diferimento. Afirma que o Auto de Infração não apresenta qual é a infração imputada à Autuada, pois, a descrição, nada obstante fazer menção ao diferimento do recolhimento, não explicita o motivo pelo qual o desembaraço aduaneiro foi considerado como equivocado, e, consequentemente, o porquê da exigência do ICMS no momento do desembaraço e não da desincorporação (art. 543, XLVIII, RICMS/BA). Assevera que a fundamentação legal indicada também não demonstra qual a infração cometida. Observa que, o Autuante optou por incluir no item 10 do Auto de Infração duas infrações totalmente distintas, e, na fundamentação legal, indicou tão somente dispositivos que tratam do recolhimento do ICMS nas operações de importação de mercadorias.

Entende que o autuado não tem como saber qual é a infração que lhe estar sendo imputada, da qual acarretou a exigência do imposto no momento do desembaraço, sendo afastado o tratamento do diferimento. Destarte, afirma que esta infração é nula, pois desatende o preceito disposto no art. 18, IV, "a", do PAF.

Observa, ainda, que as mercadorias importadas são máquinas de perfuração, portanto são destinadas ao ativo immobilizado do estabelecimento do autuado, e, objetivam a ampliação da planta de produção deste. Diante disto, o recolhimento do ICMS incidente sobre estas operações

de importação é deferido para o momento da desincorporação destas mercadorias, por força do disposto no art. 343, XLVIII.

Afirma que o desembarque aduaneiro destas mercadorias foi procedido em total conformidade com os ditames legais, portanto, não há qualquer fundamento para a cobrança do ICMS sobre estas importações no momento do desembarque, e, por conseguinte, a infração em comento deve ser julgada improcedente.

O autuado requer que seja declarado nulo de pleno direito a parte do item 10 do presente Auto de Infração - relativa à importação com o tratamento tributário do deferimento - por manifesta violação da legislação vigente, reconhecendo-se que o seu nascimento no mundo jurídico operou-se de modo írrito e ilegal, sem produção de qualquer efeito.

No tocante ao mérito, requer que seja declarada a procedência parcial da autuação, para julgar improcedentes as parcelas da "Infração 03" e "Infração 10" impugnadas na presente peça de defesa, e, improcedente a totalidade da "Infração 01", considerando que as imposições descritas no Auto de Infração, no particular, carecem de supedâneo fático e jurídico para a sua manutenção.

Requer por todos os meios de prova em direito permitida, sem exceção de nenhuma delas, inclusive pela juntada de novos documentos em prova e contra prova e realização de prova pericial técnica, nos termos requeridos nesta defesa.

O autuante, às fls. 868 a 871 dos autos, apresenta a informação fiscal. Aduz inicialmente que foram constatadas, apuradas e exigidas 10 (dez) infrações no presente Auto de Infração, sendo reconhecidas como realmente devidas pelo autuado, de acordo com a manifestação em sua peça de defesa, as infrações nºs: 02, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, no montante de R\$403.632,43. Admite como devida quase que a totalidade da infração nº 03, no valor de R\$23.079,42 e uma pequena parcela da infração nº. 10, onde a empresa autuado declara que é relativa às importações que foram efetuadas sem o regime aduaneiro Drawback, no valor de R\$2.526,25. Por outro lado, contesta a infração nº. 01 na sua totalidade no valor de R\$ 2.018,68, parte da infração nº. 03, no valor de R\$1.860,01, de acordo com doc. 03 (fls. 842 do PAF) e R\$867.249,01, referente à infração nº. 10.

Relata que, para um melhor entendimento, o autuado admite como devido o montante de R\$429.238,10, relativo às infrações nºs: 02,03 (parcial), 04, 05, 06, 07, 08, 09 e 10 (parcial), de acordo com os valores constantes no demonstrativo anexo à solicitação da liberação de Certificado de Crédito para pagamento do valor histórico ora reconhecido, que estará sujeito aos acréscimos moratórios, multa e correção monetária, em conformidade com o processo nº 170992/2007-3, e impugna a importância de R\$871.127,70, referente às infrações números: 01, 03 (parcial) e 10 (parcial), perfazendo as partes reconhecida e defendida no montante R\$1.300.365,80, que corresponde ao valor total do Auto de Infração, ora em discussão.

Consigna que o autuado inicia a sua defesa rebatendo a infração nº. 01, no valor de R\$2.018,68, que se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas aquisições de material para uso e consumo. Esses materiais, destinados ao estabelecimento, são: tubo de extensão, caixas de mola, molas, coroa impregnada barrilha leve e solução de hipoclorito (constantes nas notas fiscais, fls. 19 a 28 do PAF), que, de acordo com a sua opinião, conclui que as mercadorias são "produtos intermediários utilizados e consumidos em cada processo produtivo, e, se revelam como autênticos insumos necessários à extração mineral" e afirma que dessa forma o creditamento é legítimo.

Aduz que as sucessivas decisões do CONSEF apontam para um entendimento de maneira totalmente divergente do raciocínio do autuado, e manifesta, categoricamente, que se trata de

materiais de uso ou consumo e peças de reposição de ativo, como, por exemplo, definido pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão JJF nº. 035804/05.

Por conseguinte, define os mesmos materiais que tiveram os seus créditos glosados no AI nº. 232957.0001/05-4, também lavrado pelo mesmo preposto fiscal autuante contra o mesmo estabelecimento, como sendo: "ferramentas que embora utilizados no processo produtivo não integram o produto final, e nem se desgastam em cada processo produtivo, não sendo, portanto produtos intermediários".

Ressalta que a Mineração Fazenda Brasileiro S.A. é sucessora da Companhia Vale do Rio Doce, que outrora também incorrera no mesmo engano quando utilizou indevidamente créditos sobre as aquisições de materiais de uso e consumo. Para que fossem dirimidas as dúvidas porventura existentes na época, a SEFAZ designou uma equipe formada por auditores fiscais das mais diversas áreas de atuação para que no local fosse analisado todo o processo produtivo da mineradora, e desse trabalho realizado fora elaborado um relatório denominado "insumos utilizados na mineração", onde consta o entendimento oficial do fisco baiano sobre os critérios para o aproveitamento dos créditos de diversos materiais e produtos que são utilizados diretamente no processo produtivo das empresas que exercem atividade de mineração, e nele não estão listados os materiais acima descritos.

Quanto à infração nº. 03, no valor de R\$24.939,43, aduz que foi exigida em decorrência da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte intermunicipal ou interestadual não vinculado a processo de industrialização. Assevera que, como dito anteriormente, o autuado reconheceu como devido o valor do imposto creditado indevidamente sobre o serviço de transporte dos funcionários no valor de R\$23.067,17, e impugnou o valor de R\$1.860,01, que faz parte do montante de R\$1.872,26, que corresponde ao valor creditado indevidamente sobre o serviço de transportes rodoviários de cargas, concordando como devido apenas a importância de R\$12,25 desse montante.

Argumenta que a infração nº 03 fora exigida para recuperar créditos de ICMS com aproveitamento indevido no que tange aos serviços de transportes de cargas que, de acordo com o autuado são produtos intermediários, como fartamente explanado anteriormente, e não constituem créditos fiscais do estabelecimento.

Consigna que no Doc. 03 (fls. 842 a 844 do PAF) estão descritos todos os produtos que foram transportados e, de forma clara e cristalina, pode ser facilmente comprovado que as mercadorias são mesmo materiais de perfuração e produtos químicos, considerados pela legislação vigente como materiais de uso e consumo e peças de reposição de ativo, logo não dão direito ao creditamento do imposto. Afirma que na defesa é citado o Art. 93, inciso V, de forma vaga e sem sentido, com o objetivo de fundamentar o creditamento indevido do imposto que fora anteriormente cobrado nos serviços de transportes de cargas de materiais de uso e consumo, mesmo porque se assim prosseguisse na fundamentação não encontraria amparo na legislação que trata do ICMS para que pudesse respaldar o equívoco cometido.

No que diz respeito à infração nº 10, afirma que o autuado deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas em duas situações: na primeira adquiriu do exterior, materiais de uso e consumo e na segunda máquinas e equipamentos. Ambas perfazendo o montante de R\$869.775,26.

Anui que, no tocante às importações de materiais de uso e consumo que são corpos moedores ou bolas de aço e do carvão ativado, este último item está sendo cobrado através de notas fiscais complementares emitidas pelo estabelecimento para regularização das importações, anexas ao PAF, o autuado utilizou o Regime Aduaneiro Especial denominado de Drawback na modalidade de suspensão. Nessa infração a defesa mencionou que o preposto fiscal autuante impôs a cobrança

de ICMS sob a alegação de que o desembaraço ocorreria de "forma equivocada" e afirma que a ele não lhe é permitido adentrar na esfera de competência da Secretaria do Comércio Exterior.

Afirma, também, que "a seu exclusivo critério" os corpos moedores e o carvão ativado, na ótica do autuado são produtos intermediários, ora considerados pelo autuante como materiais para uso e consumo. Mais adiante discorre sobre a definição do regime aduaneiro Drawback e cita diversos trechos da legislação que tratam do regime em apreciação. Argumenta de maneira incisiva que o Regulamento Aduaneiro é matéria específica e legal para regular o regime na modalidade de suspensão e que a competência exclusiva para a concessão do Regime Drawback é da Secretaria de Comércio Exterior, através do Siscomex. Mais adiante e declara que o fisco do Estado da Bahia não pode extrapolar os seus limites de competência, "tomando para si o controle administrativo deste ato" e é enfático na sua afirmação de que o fisco baiano atuando dessa forma" ... corresponde a nítida e flagrante invasão de competência administrativa.

Assevera o autuante, que inicialmente deve ser esclarecido que o próprio preposto fiscal autuante lavrou um outro Auto de Infração nº 232957.0001/05-4, contra a mesma empresa mineradora e, dentre outras infrações detectadas na então execução da ação fiscal, também a infração pela falta de recolhimento do ICMS devido pelas importações tributáveis de materiais de uso e consumo realizadas pelo estabelecimento. Na defesa da época, assim como agora, o autuado afirmou que ao autuante não lhe era como não lhe é permitido adentrar na esfera de competência da Secretaria de Comércio Exterior. Contudo, quando o autuante afirma que o desembaraço aduaneiro ocorreria sob a forma equivocada, essa afirmação não é uma imposição e nem ainda de sua autoria, e sim originária do entendimento que paira sobre o fisco baiano, através das sucessivas decisões proferidas pelo Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF.

Relativos ao Auto e a infração, acima citado, a 4º Junta de Julgamento Fiscal, por intermédio do Acórdão JJF nº 0358/04/05 bem como a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal (Recurso de Ofício e Voluntário), através do Acórdão CJF nº 0295-11/07 manifestaram-se em seus relatórios a respeito das importações de corpos moedores ou bolas de aço e decidiram acerca do entendimento de que os produtos importados são realmente classificados como materiais de uso e consumo e não como produtos intermediários ou insumos como pretende o autuado em sua impugnação, consequentemente, é lícito a cobrança do ICMS devido nas importações das mercadorias. Quanto à alegação de o fisco do Estado da Bahia não pode extrapolar os seus limites de competência, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão N° 0295-11/07, fulmina de vez a infeliz afirmativa do autuado, quando alinha que não cabe competência a União conceder benefícios fiscais relativos a tributos de competência Estadual, necessário seria que os Estados recepcionem o benefício em sua legislação. Tal foi feito com o Drawback, mas apenas na modalidade suspensão, já que existem outras espécies de Drawback na legislação federal, não recepcionadas pelos Estados. Por sua vez, mesmo na modalidade Suspensão, o benefício foi recepcionado pelos Estados sob determinadas condições e restrições, o que é perfeitamente possível pela autonomia dos Estados.

Já no tocante à Infração nº 10, que se refere às importações de máquinas e equipamentos em que fora utilizado o tratamento tributário do diferimento, afirma que na defesa o autuado observa que o Auto de Infração não determina qual a infração a ela imputada, mesmo a infração fazendo menção ao diferimento do recolhimento do imposto e a descrição dos fatos, ainda segundo o autuado, não explicita o motivo pelo qual o desembaraço aduaneiro foi considerado pelo autuante como equivocado e não entende o porquê da exigência do ICMS no momento do desembaraço e não quando da desincorporação do ativo imobilizado (Art. 543, XLVIII, RICMS/BA). Consigna que, na fundamentação observa-se que o autuado, equivocadamente, fez menção a um artigo do Regulamento do ICMS que não condiz com sua alegação, uma vez que o Art. 543 (fl. 827 do PAF) trata da inscrição cadastral de empresa de construção civil. Prossegue com a alegação de que a fundamentação legal não demonstra qual a infração por ela cometida e também observa que o preposto fiscal autuante "optou" por incluir na infração de nº 10 duas infrações totalmente

distintas e que indicou na fundamentação legal, dispositivos que se referem ao recolhimento do ICMS nas operações de importação de mercadorias. Continua declarando que, por esse motivo, ela não tem como saber qual é a infração que lhe fora imputada no momento do desembarque aduaneiro e revela que a infração é nula.

Argumenta o autuante que realmente na infração nº 10, (Deixou de recolher ICMS devido pelas importações realizadas pelo estabelecimento), constam as importações de materiais e uso e consumo bem como as importações das máquinas e equipamentos destinadas ao ativo imobilizado da empresa mineradora. No entanto, mesmo sob os protestos do autuado, o enquadramento da infração não poderia ter sido outro porque no SEAI - Sistema de Emissão de Auto de Infração a única "opção" para a infração cometida quando o contribuinte não recolhe o ICMS nas importações é a 12.02.01, não havendo, portanto, outra "opção" para desmembramento da infração no sistema como ela pretende.

Como o autuado deixou de recolher o ICMS no momento do desembarque aduaneiro, em decorrência da legislação permitir a Secretaria da Fazenda através de seus prepostos lotados nos portos e aeroportos a emissão de guias de liberação de mercadorias estrangeiras sem a comprovação do recolhimento do imposto, foram emitidas guias com a finalidade apenas de dar trânsito às mercadorias até o estabelecimento do importador.

Entende que deveria o autuado após o recebimento das mercadorias ter efetuado os recolhimentos, como fizera em diversas oportunidades, pois as importações do exterior de materiais de uso e consumo e também de máquinas e equipamentos do período fiscalizado foram todas tributadas. Na nota fiscal nº 219 (fl. 801 do PAF) a empresa até reconheceu como devido o ICMS e destacou no documento fiscal o imposto devido no valor R\$177.016,89, porém, não recolheu aos cofres públicos o valor de fato devido.

Assegura que o Art. 343 do RICMS/BA possibilita ao contribuinte diferir o lançamento do ICMS incidente nas entradas decorrentes de importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado. Deve, contudo, ser observado o inciso XLVIII do mesmo dispositivo, que vincula o diferimento do imposto para o momento em que ocorrer a sua desincorporação desde que os bens sejam destinados a estabelecimento industrial localizado no estado da Bahia" ... para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, e atestado em declaração firmada pelo interessado, para o momento em que ,ocorrer a sua desincorporação". Dessa forma, considera ficar evidenciado que para a obtenção e fruição do benefício do diferimento o contribuinte fica condicionado ao cumprimento de obrigações acessórias.

O autuante concorda o autuado no que concerne a sua alegação de que o desembarque aduaneiro das mercadorias em questão foi executado em conformidade com a legalidade. Mas, no entendimento do preposto fiscal, como o autuado deixou de cumprir com a obrigação acessória de atestar em declaração ao fisco a utilização dos bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento o que deveria ter ocorrido em cada processo de importação a que estava condicionada para a fruição do benefício, por força da legislação vigente ele perdeu automaticamente o diferimento, passando as mercadorias adquiridas do exterior, no caso específico máquinas e equipamentos, a serem tributadas normalmente.

Pelas razões e argumentos expostos, o autuante mantém o Auto de Infração em sua integridade no valor histórico de R\$1.300.365,80, que depois de excluído o valor ora reconhecido pelo autuado no montante de R\$429.238,10, resta como devido no Auto de Infração a importância de R\$871.127,70, valores, que estarão sujeitos à aplicação de multa, correção monetária e acréscimos moratórios, por consistir de inteira Justiça.

Consta, à fl. 878, petição do autuado dirigida à sua Inspetoria de origem, para emissão de certificado de crédito do ICMS, visando pagar parte do presente auto de infração no valor de R\$

622. 671,81, conforme valores e infrações relacionadas às fls. 874, bem como documento do SIGAT, informando o pagamento nesse valor à fls. 880, 888 a 891.

Diante da dúvida levantada acerca do “carvão ativado” concernente a ser insumo, amparada pela isenção na importação a que se refere à alínea “b”, § 1º do art. 575 do RICMS/BA; considerando que o autuante entende que tal produto não está contemplado pelo dispositivo regulamentar acima citado : a 1ª JJF, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que Auditor Fiscal diligente tomasse as seguintes providências:

- “a) descrever a participação que o “carvão ativado”, tem no processo de extração e preparação do produto final do autuado, observando se o mesmo é inutilizado, gasto ou destruída a cada processo de extração e preparação do produto final, de forma que seja necessária a sua renovação, não de tempos em tempos, mas em cada novo processo referido, observando, inclusive, a pertinência do laudo técnico apresentado pelo autuado à fl. 864;*
- b) “apresentar um demonstrativo indicando os valores exigidos, relativo à “carvão ativado”, consignados na planilha às fls. 772 e 773, observando os mesmos dados nela constante.”*

O diligente apresenta o parecer ASTEC/CONSTE, às fls. 1555 à 1557, relata que deslocou-se para a sede do estabelecimento no município de Barrocas, onde examinou a documentação solicitada e recebeu o laudo de fl. 1558, os documentos anexados às fls. 1559/1595 e esclarecimentos sobre a utilização do carvão ativado no processo de extração do ouro.

Informa que os prepostos do autuado David de Barros Galo, Jeã Lima, Rafael Barbosa Figueiredo e Edson Lima fizeram apresentação do processo de utilização do carvão ativado por meio de slides acostados às fls. 1559/1567 e conduziram o autuado à Planta de beneficiamento, um dos locais onde o carvão ativado é utilizado. Mostraram-me sacolas como a da figura 07 da fl. 850 contendo partículas escuras de carvão ativado depois de esgotada sua utilidade.

Relata que o levaram ao topo dos cilindros fotografados à fl. 1559. Consiga ter observado que partículas de carvão ativado estavam flutuando sobre um líquido escuro, o qual era girado mecanicamente, de forma continuada, dentro dos cilindros. Segundo os laudos de fls. 864 e 1558, é o momento em que “o ouro solubilizado é adsorvido pelo carvão ativado.” O laudo de fl. 864, elaborado pelo autuado, assinado por Jeã Lima, descreve o mecanismo da produção do ouro. Afirma ter presenciado flashes das etapas gravadas nas fls. 858 e 859, viu o moinho estampado na fl. 860 funcionando externamente e viu as bolas na forma da figura 10 da fl. 861 e 862.

Assevera que o carvão ativado é utilizado após a etapa de lixiviação para absorver o ouro solubilizado pelo cianeto de sódio. O carvão carregado com ouro é transferido para a unidade de dessorção e eletrolise, onde o ouro é extraído do carvão por uma solução alcalina, segundo consta nos laudos de fls. 864 e 1558.

Consigna que a planilha de fl. 772 e 773 relaciona diversas notas fiscais. Ao compulsar as folhas do PAF, afirma ter constatado que somente a nota fiscal nº 196 tem origem de uma nota fiscal de carvão ativado. Esta nota fiscal nº 196 contém na descrição dos produtos “Nota complementar ref. valor da NF 188 de 22/12/2005”. A nota fiscal nº 188, que se refere a carvão ativado, (fl. 1570) não foi relacionada no demonstrativo de fls. 772/773. Em sendo assim, o valor exigido relativo a carvão ativado consignado na planilha de fls. 772/773 foi somente o da nota fiscal nº 196, de 06/01/2006, país de origem: França, Valor total e Base de Cálculo R\$1.886,04, ICMS R\$320,63. (fl. 796).

Consigna que foi solicitada pelo Relator a descrição da participação que o carvão ativado tem no processo de extração e preparação do produto final do autuado e apresentar um demonstrativo indicando os valores exigidos, relativos a carvão ativado, consignados na planilha às fls. 772 e 773.

O autuado, às fls. 1599, se manifesta nos autos, solicitando que, além do carvão ativado, fosse analisada na diligência, também, as bolas de moinho, que não foi incluído em tal solicitação.

Foi concedida ciência aos autos, conforme consta à fl. 1604, facultando ao autuado se manifestar em 10 dias. Consta, também, à fl. 1609, aos 10 dias do mês de dezembro de 2008, que o autuado solicitou e obteve cópia das fls. 1455 a 1467, referente à diligência ASTEC nº 130/2008.

O autuado volta a se manifestar, às fls. 1620 a 1621 dos autos, afirmando que o despacho de diligência foi para verificar a participação do “carvão ativado”, e que foi requerido pelo autuado em 14/08/2008, que o produto ”bola de moinho”, também fosse alvo de diligência.

Assegura que tal requerimento fora dirigido diretamente a ASTEC, sem ser apreciado pelo relator, residindo ai o primeiro equívoco do procedimento. Assevera que, além do mais, aquele foi anexado posteriormente ao Parecer e ainda recebeu o nome de “manifestação”, constando das fls. 1598/1600 dos autos. Havendo, assim, preterição a ordem cronológica dos documentos e o petitório do autuado recebeu uma nomenclatura destoante da realidade.

Argumenta que, em virtude dos dois equívocos, a Coordenação de Administração da Infaz de Serrinha, entendeu que a autuado já havia se manifestado sobre a Diligência fiscal Fl. 1605, o que não ocorreu em nenhum momento. Assegura que o autuado não foi sequer intimado para se manifestar, prejudicando o seu direito de defesa.

Pede que seja retirado o processo de pauta de julgamento para que seja concedido prazo para o autuado se manifestar sobre a diligência fiscal, bem como pela apreciação do petitório às fls. 1598/1600.

Consta, às fls. 1625 e 1626, nova manifestação do autuado, afirmado que os termos da diligência corroboram os dos laudos técnicos apresentados pelo autuado.

Entende que o parecer da ASTEC, apesar de não responder a todos os questionamentos realizados no bojo da solicitação de diligência, o ilustre Auditor, no seu relatório e no tópico "Da Conclusão" (fl. 1556), faz alusão ao parecer técnico do autuado de fl. 864, descrevendo de forma minuciosa o processo de produção de ouro e suas etapas, concordando, a partir de sua visita in loco, com os exatos termos demonstrados naquele documento técnico do autuado, o que permite inferir a consequente inutilização do referido produto. Destaca que o mesmo documento oficial faz referência a uma única nota fiscal, de nº 196, que é pertinente ao Carvão Ativado, único produto objeto da diligência, a qual diz respeito a uma parte ínfima do auto de infração recorrido.

O valor de ICMS exigido, no que se refere à nota fiscal de nº 196, corresponde a R\$320,63 (trezentos e vinte reais e sessenta e três centavos).

Aduz que foi requerido, às fls. 1598/1600, que fosse incluída na solicitação de diligência o produto ”bola de moinho”, pleito este que não chegou a ser apreciado.

Roga pela solicitação de nova diligência fiscal para que seja verificada a participação da ”bola de moinho” no processo de extração e preparação do produto final, devendo a autoridade fiscal responsável confirmar se o mesmo é inutilizado, gasto e destruído no mesmo.

O autuado, após a instrução do processo para julgamento, volta a se manifestar nos autos para anexar decisão sobre ”bola de moinho” proferida pela 2ª Câmara, deste CONSEF, concernente ao Acórdão 0076-12/05.

VOTO

O Auto de Infração, em lide, ora impugnado, imputa ao sujeito passivo 10 (dez) infrações, conforme já relatadas e adiante sucintamente reproduzidas apenas as impugnadas, ou seja, as infrações 01, 03 e 10, cabendo ressaltar que as infrações 03 e 10 foram parcialmente impugnadas. Assim, foram textualmente acatadas pelo autuado as infrações 02, 04, 05, 06, 07, 08 e 09, bem como uma parcela das infrações 03 e 10.

Infração 01 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente às aquisições de materiais para uso e consumo do estabelecimento; Infração 03 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sobre serviços de transportes rodoviários interestaduais ou intermunicipais, não vinculados a processo de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração; Infração 10 – falta de recolhimento de ICMS nas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento.

Em melhor detalhamento, o autuado contesta a infração nº 01, na sua totalidade, no valor de R\$2.018,68, parte da infração nº 03, no valor de R\$1.860,01, e parte da infração nº 10, no valor de R\$867.249,01.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas, pelo autuado, pois a descrição clara dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. A infração 10 contempla exigências tributárias da mesma natureza, resultantes do processo de importação (deixou de recolher ICMS devido pelas importações realizadas pelo estabelecimento, concernentes à aquisição do exterior de materiais de uso e consumo e de máquinas e equipamentos). Assim, não há razão para sua nulidade, haja vista, inclusive, a sua descrição quando da imputação, bem como seus esclarecimentos e detalhamentos quando da informação fiscal, da qual o autuado teve ciência e se manifestou.

Não houve falta de motivação, uma vez que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, inclusive os resultados das diligências, acima já relatados, com a devida abertura de prazo para manifestação. Observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Os esclarecimentos necessários foram obtidos através de diligência solicitada por esse Relator. Quanto às demais solicitações, as quais o autuado entende necessárias, não foram consideradas como tal. Com esteio no art. 147, inciso I, “a” e inciso II, “a” e “b” do RPAF/99, indefiro os demais pedidos de diligência e perícia, visto que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não haver necessidade de outras provas a serem produzidas.

O autuado, em sua defesa, quanto à infração nº 01, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS nas aquisições de material para uso e consumo (tubo de extensão, caixas de mola, molas, coroa impregnada barrilha leve e solução de hipoclorito), constantes nas notas fiscais, fls. 19 a 28 do PAF, entende que as mercadorias são "produtos intermediários utilizados e consumidos em cada processo produtivo e se revelam como autênticos insumos necessários à extração mineral". Afirma, dessa forma, que o creditamento é legítimo.

Verifico, quanto aos itens acima referidos, já haver decisão concernente ao AI nº. 232957.0001/05-4, também lavrado pelo mesmo preposto fiscal autuante contra o mesmo estabelecimento autuado, através da qual se conclui que tais produtos são materiais destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Segue parte do voto, constante do Acórdão JJF nº 035804/05, relativo ao Auto de Infração, acima referido, cujo entendimento, nele proferido, alinho-me quanto ao seu mérito:

O contribuinte também insiste na tese de que os materiais, cujo crédito fiscal foi glosado, seriam produtos intermediários, com direito à utilização do crédito fiscal.

Os materiais objeto deste item, cujas notas fiscais encontram-se relacionadas no demonstrativo de fls. 11 a 12, são, como informou o autuado, em sua defesa: coroa, punhos, hastas, filtro, material químico, peças para equipamentos.

Assim, entendo que são materiais de uso ou consumo, bem como peças de reposição, ferramentas que embora utilizados no processo produtivo não integram o produto final, e nem se desgatam em cada processo produtivo, não sendo portanto produtos intermediários.

É que, acorde a jurisprudência pacífica deste CONSEF, somente são considerados produtos intermediários, os materiais que são consumidos no processo industrial ou integram o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição. Assim, é inadmissível o uso do crédito fiscal relativo a tais entradas.

Saliento que, de acordo com o previsto no artigo 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS/97, somente será admitido o crédito fiscal correspondente às aquisições de materiais de uso e consumo a partir de 01/01/07.

Verifico que as notas fiscais emitidas pelos fornecedores Christensen Roder Produtos Diamantados, e Sandwick do Brasil S/A, referem-se a peças de reposição ou material de uso e consumo, tais como “coroa impregnada” e “barra estensão para broca”, sendo também legítima a glosa dos créditos fiscais.

Destaca a aludida decisão, com solar clareza, que é pacífica a jurisprudência deste CONSEF, ao considerar produtos intermediários os materiais que são consumidos no processo industrial ou integram o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição, não condizentes aos produtos em questão. Não cabe, por conseguinte, a utilização do crédito fiscal relativo às entradas de tais materiais, pois se tratam de materiais de uso e consumo, restando, portanto, a manutenção da exigência tributária, em lide.

A infração 03 traz a imputação de que o autuado efetuou a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a serviço de transporte intermunicipal ou interestadual não vinculado a processo de industrialização. A autuada reconheceu como devido o valor do imposto, creditado indevidamente, sobre o serviço de transporte dos funcionários e impugnou o crédito utilizado, ora exigido, sobre o serviço de transportes rodoviários de cargas.

Às fls. 842 a 844 do PAF, estão descritos todos os produtos que foram transportados. Ficou constatado que as mercadorias são materiais de perfuração e produtos químicos, considerados pela legislação vigente, conforme já visto acima, materiais de uso e consumo e peças de reposição de ativo, logo não dão direito ao creditamento do imposto. Assim, fica mantida a exigência tributária em questão.

Na infração nº 10, o autuante afirma que o impugnante deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas em duas situações: na primeira, adquiriu do exterior, materiais de uso e consumo, não cabendo a utilização da isenção do ICMS, relativa ao regime de Drawback e, na segunda, máquinas e equipamentos, não cabendo o tratamento tributário do diferimento do lançamento e recolhimento do ICMS, incidente na importação. Ambas perfazem o montante de R\$869.775,26.

Verifico, quanto à alegação de que o fisco do Estado da Bahia não pode extrapolar os seus limites de competência, que a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão N° 0295-11/07, expressa o entendimento deste relator quando afirma: *“Como a União não pode mais conceder isenção heterônoma, desde que vigente o novo sistema tributário nacional trazido pelo CF/88, para que seja aplicado um determinado benefício constante da legislação federal ao ICMS é necessário que os Estados recepcionem o benefício em sua legislação. Tal foi feito com o Drawback, mas apenas na modalidade suspensão, já que existem outras espécies de Drawback na legislação federal, não recepcionadas pelos Estados. Por sua vez, mesmo na modalidade*

Suspensão, o benefício foi recepcionado pelos Estados sob determinadas condições e restrições, o que é perfeitamente possível pela autonomia dos Estados, sem que tal fato importe em interferência na legislação federal".

No tocante aos produtos, alvo da presente exigência, concernentes ao ativo immobilizado, observo que o inciso XLVIII do art. 343, do RICMS/BA, vincula o deferimento do lançamento e pagamento do ICMS para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, desde que os bens sejam destinados a estabelecimento industrial, localizado no estado da Bahia, utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, e atestado em declaração firmada pelo interessado, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação.

O autuado não demonstrou ter cumprido a obrigação acessória de atestar em declaração ao fisco a utilização dos bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento, o que deveria ter ocorrido em cada processo de importação, bem como as demais condições previstas no aludido dispositivo. Dessa forma, considero ficar evidenciado que a obtenção e fruição do benefício do deferimento é condicionado ao atendimento de pré-requisitos, os quais o autuado não demonstrou atendê-los integralmente, cabendo, portanto, a exigência ora imputada.

Ainda no que tange à infração 10, quanto às mercadorias que o autuado alega serem insumos, foi solicitada diligência para tal esclarecimento. O parecer da ASTEC/CONSEF, quanto ao "carvão ativado", esclarece que o mesmo é utilizado após a etapa de lixiviação para absorver o ouro solubilizado pelo cianeto de sódio. Complementa o diligente que o carvão carregado com ouro é transferido para a unidade de dessorção e eletrólise, onde o ouro é extraído do carvão por uma solução alcalina.

Diante da detalhada descrição do diligente sobre a participação que o "carvão ativado" tem no processo de extração e preparação do produto final do autuado, verifico que, diante da própria natureza desse produto, aliada à descrição de sua participação na atividade da empresa, considero que o mesmo é gasto a cada processo de extração e preparação do produto final, de forma que seja necessária a sua renovação a cada novo processo referido, observando, inclusive, a relação de seu consumo com a produção do ouro, conforme indica laudo técnico apresentado pelo autuado à fl. 864, não contestado, nesse aspecto, pelo diligente.

Contempla acerto ao diligente ao afirmar que apenas a nota fiscal nº 196 tem origem de uma nota fiscal de "carvão ativado". A aludida nota fiscal nº 196 contém, na descrição dos produtos, "Nota complementar referente ao valor da nota fiscal nº 188 de 22/12/2005". A nota fiscal nº 188, que se refere a "carvão ativado" (fl. 1570) não foi relacionada no demonstrativo de fls. 772/773. Em sendo assim, o valor exigido relativo à "carvão ativado" consignado na planilha de fls. 772/773 foi somente o da nota fiscal nº 196, de 06/01/2006, país de origem França, valor total e Base de Cálculo R\$1.886,04, ICMS exigido de R\$320,63. (fl. 796).

Assim fica excluída a exigência do ICMS no valor de R\$320,63 relativa a carvão ativado concernente ao mês de janeiro, que passa de R\$146.070,76 para R\$145.750,13, relativo à aludida nota fiscal.

Quanto às "bolas de aço", chamadas, também, "bolas de moinho", no que pese a decisão proferida pela 2ª Câmara, concernente ao Acórdão 0076-12/05, através de Voto Vencedor, acolhendo a utilização do crédito dos aludidos produtos, alinho-me ao entendimento da 1ª Câmara deste CONSEF, cristalizado em seu Acórdão nº 0295-11/07, ao julgar o RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0358-04/05, relativo ao A. I. Nº 232957.0001/05-4, lavrado contra o mesmo autuado, a MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A, conforme segue transcrito:

"No que toca às "bolas de moinho" ou corpos moedores, discordo do opinativo da PGE/PROFIS, pois os referidos produtos também não se adequam à definição de produtos intermediários. As "bolas de moinho" são empregadas no processo de moagem, funcionando dentro do equipamento moinho, sendo chocadas contra os

blocos de minérios, reduzindo-os a partículas. Neste processo, desgastam-se, mas não de maneira imediata, e sim após vários processos, o que as caracterizam como materiais de uso e consumo.

E não se alegue que este entendimento esteja dissociado da legislação, pois o mesmo encontra fulcro no quanto estabelece o art. 93, inciso I, alínea “e” do RICMS, abaixo transcrito, que restringe o crédito na atividade mineradora às mercadorias empregadas diretamente na extração das substâncias minerais ou fósseis, a exemplo dos explosivos e cordel detonante.

“Art. 93. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

e) de mercadorias a serem empregadas diretamente na extração de substâncias minerais ou fósseis.”;

Do exposto, mantenho a glosa dos referidos produtos. No que pertine à infração imputada no item 5, como se trata da cobrança da diferença de alíquotas na aquisição dos mesmos produtos constantes do item 1, por se tratar de materiais de uso e consumo, mantemos a Decisão recorrida “in totum”.

Assim, diante da precisa decisão proferida pela 2^a Câmara, acima relatada, que vem a ser o entendimento predominante deste CONSEF (Acórdão 2^a CJF N° 0455/99, Acórdão 1^a CJF N° 0015-11/03, Acórdão 1^a CJF n° 0295-11/07), considero que as “bolas de moinho” ou “corpos moedores” não se ajustam à definição de produtos intermediários. São, na verdade, legítimos materiais de uso e consumo, pois sua participação no beneficiamento do ouro a ser exportado ocorre sem que se desgastem a cada processo produtivo de forma imediata, e sim após vários processos.

Isso posto, considero que as “bolas de aço”, em questão, são utilizadas pelo autuado como materiais de uso ou consumo. Não se trata, portanto, de insumo importado a serem utilizado no processo produtivo de mercadorias que serão exportadas, não gozando o autuado do benefício da isenção do ICMS previsto para o Regime de Drawback. Mantendo, parcialmente, a exigência da infração 10.

Assim, voto pela **PROCÊDENCIA EM PARTE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração 232957.0004/07-0, lavrado contra **MINERAÇÃO FAZENDA BRASILEIRO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.300.045,17**, acrescido das multas de, 60% sobre R\$1.293.799,57 e 150% sobre R\$6.245,60, previstas no art. 42, incisos VII “a”, V “b” e II “f”, da Lei n° 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 23 de abril de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE
ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR
FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR