

A. I. Nº - 019195.0011/11-8  
AUTUADO - MIRABELA MINERAÇÃO DO BRASIL LTDA.  
AUTUANTE - JOSÉ DOMINGUES MAIA NETO  
ORIGEM - INFAC IPIAÚ  
INTERNET 27.10.2011

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0270-05/11**

**EMENTA:** ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Infração reconhecida. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Comprovada a aquisição de diversos materiais para consumo do próprio estabelecimento, que alega apenas que não cometeu a infração. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido pedido de perícia Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração lavrado em 17/06/2011, exige ICMS no valor de R\$ 494.797,30, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Diferença de alíquota relativa às aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo no valor de R\$ 773.677,43, deixando de recolher ICMS no valor de R\$ 77.367,74, com multa de 60%, em conformidade com planilha I.
2. Diferença de alíquota relativa as aquisições interestaduais de mercadorias para o ativo imobilizado no valor de R\$ 4.174.295,62, deixando de recolher ICMS no valor de R\$ 417.429,56, com multa de 60%, em conformidade com planilha II.

A empresario autuado, através de seus advogados com Instrumentos de Procuração, fls. 38/40, impugna o lançamento fiscal, fls. 27 a 36, inicialmente, arguiu que a fiscalização exige tributo superior ao efetivamente devido, uma vez que no período autuado, o estabelecimento do contribuinte, objeto de fiscalização, não realizou a aquisição de quaisquer produtos destinados ao uso e consumo, na medida em que apenas passou a operar após novembro de 2009. Dessa forma, defende que, estando na fase pré-operacional, os produtos adquiridos eram para o ativo imobilizado ou produtos intermediários para futura utilização.

Diz que as multas aplicadas no Auto de Infração são desarrazoadas e desproporcionais; se erros podem ter sido cometidos, num período em que o autuado ainda não havia concebido um departamento contábil apto para lidar com o volume de operações praticadas, em grande medida, pode ter errado também em seu próprio desfavor. Assim, admite que tenha classificado notas fiscais que documentaram aquisições de bens de uso e consumo, sem que ditos bens apresentassem essa qualidade. Diz que em recente levantamento, descobriu que emitiu dezenas de notas fiscais correspondentes à compra de produtos intermediários com o CFOP aplicável às operações envolvendo bens de uso e consumo.

Concluindo que o desacerto no cumprimento de uma obrigação tributária acessória não pode desaguar na conclusão de descumprimento de obrigação tributária principal.

Reconhece a procedência da infração 2.

Suscita a nulidade do Auto de Infração por ausência de motivação, argumentando que o ato administrativo, ao impor sanções e gravames patrimoniais aos administrados, deve sempre se fazer acompanhar de motivação exaustiva sobre os fatos e fundamentos jurídicos que abonaram a sua edição. Completa que o administrador público não gere o seu interesse próprio e, nesse

aspecto, sobre ele recai o dever de exteriorizar as justificativas dos atos praticados a título de promoção do interesse coletivo, oportunizando a concretização da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV, CF/88), visto que aos interessados fica aberta a possibilidade de contestar as razões que fundaram a atuação administrativa e de apresentar pontos de vista possivelmente desconsiderados pela autoridade pública quando da edição do ato impugnado.

Nos presentes autos, a fiscalização não descreveu a aplicabilidade dos materiais glosados no processo produtivo do estabelecimento autuado. A impugnante necessita saber o motivo pelo qual esses bens foram classificados como de uso e consumo, sem o que não pode contestar as motivações que impeliram o auditor fiscal à lavratura do Auto de Infração.

Transcreve decisões do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, a seu ver, em caso similar. Diz que a autuação afrontou também o art. 28, §4º, II, Regulamento de Processo do Estado da Bahia.

Aduz que o Auto de Infração também carece de motivação jurídica, pecando na falta de discriminação da alíquota aplicável à espécie, não se sabendo a razão por que o fiscal atribuiu às operações interestaduais o percentual de 17%.

Contextualiza que o autuado é uma subsidiária brasileira da mineradora australiana MIRABELA NICKEL LTD, dedica-se à lavra e processamento de sulfeto de níquel extraído de mina localizada no Município de ITAGIBÁ-BA, emprega cerca de 800 trabalhadores da comunidade local de forma direta, além de outros indiretos, fomentando a economia e o desenvolvimento do interior baiano. Ressalta o cuidado empresarial com o meio ambiente.

Explica que tendo se instalado recentemente no Estado da Bahia, a mineradora precisou adquirir equipamentos, maquinários, estruturas, insumos e todas as categorias de bens necessárias para pôr em movimento a atividade de extração e processamento de minério de níquel. Diz, no entanto que, no período autuado, especificamente em relação ao estabelecimento objeto da autuação, não adquiriu bens destinados ao uso e consumo, segundo a monta fiscal.

Aduz que de janeiro a junho de 2009, a empresa encontrava-se em fase pré-operacional, buscando viabilizar o projeto de beneficiamento de minério de níquel lavrado na região, não se verificava a necessidade de aquisição de bens de uso e consumo do estabelecimento. Assevera que os bens adquiridos foram para o ativo imobilizado ou para intermediários na fase de teste.

Reconhece que faltou com o pagamento de diferencial de alíquotas devido à hora da aquisição de bens destinados ao ativo fixo e providenciará o recolhimento do valor correspondente à infração.

Pede perícia fiscal para apurar as aplicações dos bens, na infração 2. Elenca quesitos e indica perito:

- 1) Favor elencar quais os produtos glosados pela Fiscalização sob o entendimento de que se qualificam como bens de uso e consumo;
- 2) Favor informar a descrição de cada produto, bem como de que forma se inserem na dinâmica operacional do estabelecimento autuado;
- 3) Favor informar o Sr. Perito se no período autuado o estabelecimento se encontrava em fase pré-operacional;

Pede cancelamento da multa de 60% (art. 42, II, "f", Lei nº 7.014/96) ou a sua redução, em apreço à razoabilidade e vedação ao confisco e a prescrição do art. 108, CTN em que a multa não pode ser transformada em instrumento de arrecadação.

Finaliza com o pedido de cancelamento do Auto de Infração no montante excedente ao valor reconhecidamente devido e pago, quer em virtude das preliminares de carência de motivação, quer pelo reconhecimento de que o estabelecimento autuado não adquiriu bens destinados ao uso e consumo quando estava em fase pré-operacional; cancelamento das penalidades em virtude da vedação de confisco, ou ao menos a redução para patamares não-confiscatórios e condizentes com a boa-fé da empresa e com o princípio da equidade. Em caráter alternativo, a produção de

prova pericial para determinação precisa e imparcial da real natureza jurídica dos bens adquiridos pela empresa.

Por fim, o cadastramento do advogado EDUARDO FRAGA, OAB/BA 10.658, para fins de recebimento das intimações no presente feito, sob pena de nulidade (art. 236, §1º, CPC).

O Auditor Fiscal presta a informação fiscal, de fls. 58 a 59, indicando que a alegação defensiva de que estava em fase pré-operacional e somente começou a operar em novembro de 2009, não se sustenta porque a empresa possui duas inscrições: fabrica de extração de minérios (76.298.354) e o estabelecimento autuado (73.009.860), cujo ICMS incide, independente da sua fase operacional.

Explica que a alíquota aplicada foi efetivamente de 10%, referente à diferença entre as alíquotas, conforme consta no demonstrativo fiscal e responde ele mesmo os quesitos formulados pelo autuado:

- 1) *Esclarece que não procedeu à glosa de nenhum produto, mas a cobrança de ICMS das notas fiscais relacionadas. Caberia ao autuado informar quais produtos não foram destinados a uso e consumo.*
- 2) *A descrição de cada produto consta das notas fiscais. Cabe à empresa informar a dinâmica operacional de cada produto.*
- 3) *Diz que é irrelevante tal fato, pois o fato gerador foi a aquisição dos produtos, independente da fase operacional em que se encontrava o estabelecimento.*

Finaliza pela procedência total do Auto de Infração.

Constam dos autos relatório de pagamento extraído do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), fl. 63 a 65, atestando o pagamento da infração 2.

## VOTO

O Auto de Infração, ora analisado, foi lavrado para formalizar as exigências de ICMS descritas e relatadas na inicial. Cumpre, antes, perquirir acerca das preliminares arguidas pelo impugnante.

Suscita a nulidade do Auto de Infração por ausência de motivação dos atos fiscais, de motivação jurídica, sob o argumento de que sanções e gravames patrimoniais aos administrados devem se fazer acompanhar de exaustiva motivação sobre os fatos e fundamentos jurídicos que abonaram a sua edição. Pede o cancelamento ou redução das multas para patamares não-confiscatórios e a produção de prova pericial a fim de apurar a natureza jurídica dos bens adquiridos pela empresa, além do cadastrar o advogado EDUARDO FRAGA, OAB/BA 10.658, com o fito de receber intimações do presente feito, sob pena de nulidade (art. 236, §1º, CPC).

A razão assiste ao sujeito passivo, quanto ao dever da Administração Pública de exteriorizar as justificativas dos atos praticados em nome dos interesses coletivos. Não há falar, contudo, no presente trabalho, em desrespeito ao princípio da motivação, porque é possível inferir dos demonstrativos fiscais e demais documentos acostados aos autos os motivos de fato e de direito, além da fundamentação legal que ensejaram a lavratura do Auto de Infração. A autuação fiscal expressa de modo transparente e congruente as verdadeiras razões de fato e os fundamentos de direito que motivaram o lançamento de ofício.

O pedido de cancelamento da multa ou sua redução serão analisados no mérito. Indefiro o pedido de realização de Perícia Fiscal, ou mesmo a diligência, tendo em vista que esta deve ser realizada para dirimir dúvida entre a acusação e defesa e a primeira, requisitada nas razões, para emissão de parecer por profissional qualificado, o que se mostra desnecessário, na situação presente, nos termos dos art. 147, I, “a”, do RPAF BA, tendo em vista a desnecessidade na determinação da natureza jurídica dos bens adquiridos pela empresa e meu convencimento sobre a presente lide.

Por fim, quanto ao pedido para que as intimações e notificações pertinentes ao presente processo sejam encaminhadas ao endereço de advogado indicado, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não

caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto 7.629/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, não elaborado de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Superadas as questões subjetivas, adentremos na análise de mérito.

O presente Auto de Infração exige ICMS pela falta de recolhimento do ICMS diferencial de alíquotas em face da imputação constantes nas 02 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças componentes do presente PAF, faço as constatações apenas para a infração 1, vez que a infração 2 foi reconhecida e quitada pelo sujeito passivo, de acordo com documentos do SIGAT de fls. 63/65.

Na primeira infração, portanto, é exigido ICMS diferença de alíquotas, relativo às aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo, no valor de R\$ 77.367,74, em conformidade com planilha I.

Em exame nas peças que compõem a lide, verifico que no demonstrativo de fl. 05, o autuante discriminou os documentos fiscais, períodos e valores que deram origem à exigência, além de acostar as suas cópias.

O autuado argui que no período da autuação encontrava-se em fase pré-operacional, não adquiriu bens destinados ao uso e consumo, segundo a monta fiscal; que a fiscalização não descreveu a aplicabilidade dos materiais glosados no processo produtivo do estabelecimento autuado e que desconhece porque os bens foram classificados como uso e consumo, além da aplicação de 17%.

O ordenamento jurídico assim dispõe sobre a matéria em pauta:

A diferença de alíquotas encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 155, § 2º, incisos VII e VIII), e incide nas operações interestaduais com bens de uso, consumo e ativo fixo e nas prestações interestaduais de serviço de transporte e de comunicação para consumidor final que seja contribuinte; o remetente do bem e o prestador do serviço pagarão, respectivamente, no seu Estado o ICMS, considerando a alíquota interestadual, e o destinatário pagará o mesmo tributo ao seu Estado e apurado pela diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Em que a LC 87/96 não ter feito alusão, o ICMS diferencial de alíquotas tem em mira preservar a arrecadação dos Estados quando em seus territórios estiverem localizados consumidores finais de mercadorias ou serviços tributáveis pelo ICMS e tem previsão no art. 2º, IV, Lei nº 7.014/96, regulamentada pelo Decreto nº 6.284/97 (art. 1º, § 2º, IV). Seu fato gerador, para efeito de pagamento, ocorre no momento da entrada, no estabelecimento do contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 4º, XV, Lei nº 7.014/96 e art. 5º, I, RICMS BA). A base de cálculo do imposto (art. 17, inciso XI) e, de acordo com o disposto no art. 69, parágrafo único, RICMS /BA, no cálculo do ICMS relativo à diferença de alíquota deve ser aplicado sobre o valor da operação, o percentual correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual.

Dessa forma foi elaborada a exigência em tela. Não houve, como alega o contribuinte, aplicação da alíquota de 17%. No demonstrativo de fl. 05, constata-se sobre o valor de cada operação a incidência do percentual de 10% (correspondente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual).

O fato de estar ou não em fase pré-operacional é irrelevante para efeito do pagamento da diferença de alíquotas que, no caso presente, ocorreu o fato gerador, na entrada de bem destinado a uso e consumo, no estabelecimento do autuado, oriundo de outra unidade da Federação. As notas fiscais anexadas aos autos descrevem a aquisição de diversos materiais, máquinas e bombas elétricas, estas classificadas como ativo imobilizado, na infração 02, cujo ICMS

correspondente foi reconhecido pelo autuado; na infração 1, partes e peças, tais como: luvas, anéis, juntas de vedação mecânica, selos mecânicos, gaxeta de teflon, extrator, etc.

Tais peças não foram imobilizadas, pois usadas ou consumidas na manutenção das atividades operacionais do autuado e, portanto, incomprensível à alegação defensiva de não saber porque tais bens foram classificados como uso e consumo.

Havendo, de fato, uma destinação diversa para os bens, objeto da infração em debate, competiria ao próprio autuado fazer provas da existência de incorreção da exigência, apresentando a efetiva destinação de tais bens. Limitou-se a negar o cometimento da infração (art. 143, RPAF BA).

Com relação à multa aplicada, pede o sujeito passivo o cancelamento ou a sua redução. Constatou que a aplicação da multa decorre do descumprimento da obrigação principal, inexistindo qualquer ilegalidade na sua exigência, posto que prevista no artigo 42, inciso II, "f" da Lei nº 7.014/96. As alegações de caráter confiscatório não serão apreciadas, em função da já mencionada previsão legal e em face do disposto no artigo 167, I, RPAF BA. Considere-se, todavia, a possibilidade de reduções da multa prevista na própria legislação que a instituiu, no caso de pagamento do imposto exigido, como ocorreu na infração 1.

Diante do exposto, entendo caracterizada a infração 2, no valor de R\$ 77.367,74.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019195.0011/11-8**, lavrado contra **MIRABELA MINERAÇÃO DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$494.797,30**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "f" e inciso VII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR