

A. I. Nº	- 269194.0049/13-1
AUTUADO	- VALE MANGANÊS S.A.
AUTUANTE	- FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOSA DE CARVALHO
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
INTERNET	- 21/02/2014

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0013-05/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante; b) ENERGIA ELÉTRICA; Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante; c) SEM APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS. Os documentos apresentados não incluem o pagamento do imposto relativo aos serviços de transporte, cujo responsável por substituição tributária é o autuado. Mantida a infração. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO; Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante; b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO E ATIVO IMOBILIZADO. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante. 3. IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. FALTA DE INCLUSÃO DAS DESPESAS ADUANEIRAS CORRETAS QUER POR UTILIZAÇÃO INCORRETA DA TAXA CAMBIAL. Não ficou demonstrado o benefício do diferimento ou mesmo a inexistência de circulação jurídica. Infração mantida. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO SUCESSIVAS DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração caracterizada, reconhecida pelo impugnante. Não acolhidas às arguições de nulidades e pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/05/2013, reclama ICMS no total de R\$823.926,29, imputando ao autuado as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento como inibidores de corrosão, anti-incrustantes e anti corrosivos adicionados à água (fluido refrigerante) do sistema de resfriamento indireto das correntes principais do processo produtivo, materiais usados em laboratório, peças de reposição, materiais usados para calibração de disjuntores, para aparelhos de corte de chapas, para aparelho de análises químicas, para fazer pequenos reparos em revestimento dos fornos, para calibração de analisadores de gases de sistemas antipoluentes, para lubrificação de componentes mecânicos de equipamentos e outros típicos materiais de uso e consumo, tais como pneus, pás para obras civis, cartuchos de tinta para impressoras e perneiras. Valor Histórico de R\$40.381,92. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, pois se refere aos mesmos produtos, nas mesmas notas fiscais elencadas. Esta infração, entretanto, somente se aplica às aquisições interestaduais. Valor Histórico de R\$30.268,77. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 - Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo à aquisição de energia elétrica em percentual superior ao efetivamente consumido no processo de industrialização, sendo adotado o procedimento para esta infração: Partiu-se dos valores de crédito fiscal lançados no livro de registro de apuração de ICMS em cada mês do período fiscalizado por meio dos CFOP's nºs 1252, 2252 e 2257. Do somatório desses dois valores aplicou-se um percentual de estorno - utilização da energia elétrica na área administrativa - fornecido pelo autuado por meio de demonstrativo - em anexo -, chegando aos valores devidos de uso do crédito fiscal, conforme planilha Crédito indevido de energia elétrica por uso na área ADM. Valor Histórico de R\$44.530,90. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 4 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, aplicando também nas entradas de bens para o ativo imobilizado do contribuinte. Valor Histórico de R\$1.664,90. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 - Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. Valor Histórico de R\$235.790,69. Multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 - Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, pois o contribuinte apresentou demonstrativos onde constam totais mensais de ICMS retidos pelas operações sucessivas de transporte de mercadorias e que deveriam ter sido recolhidos, além dos valores de crédito correspondentes. Valor Histórico de R\$190.740,79. Multa de 150%;

INFRAÇÃO 7 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Trata-se de crédito indevido lançado no campo Outros Créditos do livro registro de apuração com referência a Substituição Tributária Serviços Tomados, entretanto não houve apresentação de demonstrativo que elencasse os CTC's que podem ensejar os valores a recolher de ICMS sobre o frete e, no caso, o crédito fiscal baseado nesses conhecimentos de transporte rodoviário de cargas. Valor Histórico de R\$280.548,32. Multa de 60%;

O autuado apresenta defesa, às fls. 62 a 72, afirmando que na infração 1 a fiscalização promovida junto ao estabelecimento do Impugnante resultou na glosa de crédito tributário de ICMS no montante histórico de R\$40.381,92 por suposto aproveitamento indevido. Transcreve a descrição da infração.

Afirma que a autuação merece ser cancelada, pois abrangeu materiais não destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Esclarece que conforme demonstrativo anexo ao Auto de Infração, o bem *ELEVADOR DE CARGA* adquirido pela operação referida na Nota Fiscal nº 361 (DOC. 02) foi equivocadamente considerado como material de uso e consumo pelo Auditor Fiscal.

Explica que se trata de bem destinado ao ativo permanente, pois utilizado na manutenção das atividades do estabelecimento, notadamente para içamento das matérias-primas à planta de produção, o que autoriza a tomada de crédito fiscal de ICMS, consoante disposição do art. 93, inciso V, alínea "a" do Decreto Estadual nº 6.284/97.

Pontua que é insofismável o direito assegurado ao contribuinte de se creditar dos valores recolhidos a título de ICMS quando da entrada no seu estabelecimento de bens ou materiais destinados ao seu ativo permanente (imobilizado). Salienta que, outro requisito não foi estabelecido pelo legislador, como condição para o aproveitamento dos créditos de ICMS, senão que os bens se destinem ao ativo permanente da empresa.

Acrescenta que a legislação estadual deixou de precisar o conceito de ativo permanente, remetendo supletivamente à legislação federal relativa ao Imposto de Renda conforme dispõe o art. 301, §§ 1º e 2º (*Decreto – Lei nº 1.598, de 1977, art. 15, Lei nº 8.218, de 1991, art. 20, Lei nº 8.383, de 1991, art. 3º, inciso II, e Lei nº 9.249, de 1995, art. 30 - Lei nº 4.506, de 1964, art. 45, § 1º*).

Assim, frisa que considerada a legislação em vigor, para que a entrada de determinado bem ou material no estabelecimento, destinado ao seu ativo permanente, gere para o contribuinte o direito ao crédito dos valores pagos a título de ICMS, é imperativo que: “1) *O bem se destine a manutenção das atividades do estabelecimento*; 2) *A vida útil do bem seja superior a um ano*; 3) *O valor unitário do bem seja superior a trezentos e vinte e seis reais e sessenta e um centavos*;”, e que uma vez preenchidos os requisitos legais, como na hipótese dos autos, deve-se assegurar ao contribuinte o direito ao crédito, sob pena de violação do princípio da não-cumulatividade.

Destaca que os materiais acetileno, bico queimador, gás mistura satrgold, gás oxigênio industrial, hexaflour enxofre, mistura padrão primária, óleo lubrificante compressor, óleo lubrificante hidráulico e purga de ar são também consumidos no processo industrial da Impugnante, o que determina o aproveitamento do crédito fiscal de ICMS para assegurar a não-cumulatividade do imposto.

De modo semelhante, houve equívoco na classificação jurídica do material refratário *MASSA SOCAR RAMFRAX GM 400*. Afirma que o referido insumo foi adquirido nas operações demonstradas pelas Notas Fiscais nºs 9749 e 9750 (DOC. 03) e é utilizado pela Impugnante em seu processo industrial, como destacado nas próprias notas fiscais com o indicativo “*venda produção do estabelecimento*”, pois o funcionamento dos fornos onde são obtidas as ligas de ferro e manganês depende do adequado revestimento, pois se trata de material refratário, cuja qualificação como produto intermediário é reiteradamente reconhecida por este Egrégio Conselho de Fazenda (*Acórdão 5ª JF nº 0219-05/09*).

Acrescenta que esta questão se vê que as aquisições representadas pelas Notas Fiscais nºs 9749 e 9750 conferem o direito de crédito de ICMS previsto no art. 93, inciso I, alínea “b”, do Decreto Estadual nº 6.284/97.

Na infração 2, afirma que esta imputação é que um desdobramento da Infração 1, pois se refere aos mesmos produtos, nas mesmas notas fiscais elencadas. Por conseguinte, restando demonstrado que as operações de aquisição mencionadas se referem a bens utilizados no processo industrial, não há que se falar em recolhimento de diferencial de alíquota em relação às mesmas.

No que pertine à infração 3, explica que o autuado atua na produção de ligas metálicas de ferro e manganês, utilizando a energia elétrica diretamente em seu processo industrial e que durante o procedimento de fiscalização, o Auditor responsável demandou por e-mail a apresentação de laudo técnico pela companhia, no qual constassem os percentuais de uso da energia elétrica no processo produtivo e na área administrativa nos períodos de 2009 e 2010 (DOC. 04).

Chama atenção à solicitação fiscal, a empresa elaborou e apresentou planilha indicativa dos percentuais de consumo da energia elétrica (DOC. 04), pois com base nas informações fornecidas pela própria empresa fiscalizada. Reproduziu a infração.

Esclarece que houve erro material na indicação dos percentuais de consumo que foram apontados no demonstrativo fornecido pelo Autuado.

Pontua sobre a verdade material e requer que seja desconsiderado o demonstrativo de consumo equivocadamente apresentado durante a fiscalização, a fim de que seja tomado em conta o demonstrativo que acompanha a presente defesa (DOC. 05), pois retificado o demonstrativo de consumo de energia elétrica nas áreas de produção e áreas administrativas, verifica-se que: “*NÃO é devido o estorno do crédito de ICMS no valor histórico de R\$44.530,90; - somente é devido o estorno do crédito no valor histórico de R\$13.564,55, ficando desde já requerida a expedição de guia para pagamento parcial da infração, nos termos da planilha anexa (DOC. 06).*”.

Salienta que na remota hipótese de não ser aceita a retificação do demonstrativo de consumo, protesta pela realização de prova pericial, a fim de comprovar que o autuante se baseou em percentuais de consumo equivocados.

Em relação à infração 4 que, também veicula lançamento tributário de ICMS no valor histórico de R\$1.664,90, referente à diferença entre a alíquota interna e a alíquota interestadual nas aquisições de mercadorias oriundas de outra unidade da Federação e destinadas ao uso e consumo.

Sustenta que, de fato, o Impugnante está sujeita a incontáveis obrigações tributárias e, por equívoco, deixou de recolher o diferencial de alíquota correspondente às operações de aquisição espelhadas nas Notas Fiscais nºs 1256 e 3095 (DOC. 07). Assim, o Impugnante não se insurge quanto ao lançamento tributário no valor histórico de R\$1.664,90, razão pela qual requer seja expedido documento para o pagamento da infração 4, com aplicação da redução de multa prevista na Lei Estadual nº 7.014/96 (art. 45).

Na alegação da infração 5 - acusa o autuado de recolher a menor o ICMS referente a 09 (nove) operações de importação, realizadas em novembro/2009, dezembro/2009, fevereiro/2010 e maio/2010. Reproduz a infração. Afirma que, não há diferenças devidas.

Explica que em 28/11/2009, o Impugnante promoveu o desembaraço aduaneiro do bem “coluna de eletrodos”, destinado ao ativo imobilizado, adquirido com o escopo de ampliação de sua planta produtiva (Declaração de Importação 09/1599313-3 – DOC. 08).

Assevera que o referido bem foi incorporado ao ativo imobilizado como parte do forno elétrico de redução indispensável ao processo industrial. Nos termos do art. 343, XLVIII, do Decreto Estadual nº 6.284/97 (RICMS/BA), trata-se de hipótese na qual é diferido o lançamento e pagamento do imposto, que somente passa a ser devido quando da desincorporação do bem (o que não ocorreu no caso):

Decreto Estadual nº 6.284/97

Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

(...)

XLVIII - nas entradas decorrentes de importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, 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;” (Redação anterior dada ao inciso XLVIII do caput do art. 343 pela Alteração nº 41 - Decreto nº 8511 de 06/05/03, DOE de 07/05/03 - efeitos de 07/05/03 a 24/02/10)

Demonstra que a importação foi efetuada sob o regime do diferimento e que não há diferença de imposto a ser recolhida, requer a juntada da anexa “Guia para liberação de mercadoria estrangeira sem comprovação do recolhimento do ICMS” (DOC. 09), emitida com fulcro na Habilitação nº 6244000-4. Deste modo, é diferido o pagamento do ICMS nas operações de importação do *coque metalúrgico* utilizado pela Impugnante em seu processo produtivo de fabricação de ferro-ligas.

Decreto Estadual nº 6.284/97

“Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

(...)

XXXVII - nas entradas, no estabelecimento do importador, das seguintes mercadorias, desde que as importações sejam efetuadas por portos ou aeroportos deste Estado, para o momento em que ocorrer sua saída para outra unidade da Federação ou para o exterior ou a saída dos produtos resultantes de sua industrialização:

(...)

c) antracita, hulha e coque metalúrgico, quando importados do exterior diretamente por estabelecimento industrial para utilização no seu processo produtivo;”

Reitera que as importações do *coque* adquirido para o processo industrial e formalizadas pelas Declarações de Importação nºs 10/0197258-0, 10/0197271-8, 10/0745546-4 e 10/0752441-5 (DOC. 10) foram licitamente realizadas, com fulcro na Habilitação nº 6233.000-4 (DOC. 11). Registra, ainda, que o *ferro manganês granulado (FeMn₂C granulado)*, importado nas operações formalizadas pelas Declarações de Importação nºs 09/1596148-7, 09/1846493-0, 09/184694-8 e 09/1846495-6 (DOC. 12) foi remetido pela *Vale Manganese France*, o que atesta a ausência de circulação jurídica da

mercadoria. Portanto, tratando-se de mera circulação física pela transferência de mercadoria, não há que se falar em recolhimento de ICMS, devendo ser cancelada a infração.

Na abordagem da infração 6 - impõe ao Impugnante o lançamento tributário no valor histórico de R\$190.740,79, referente à suposta falta de recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição. Todavia, conforme registrado pelo próprio Autuante, parte dos serviços de transporte realizados foi limitado ao âmbito intermunicipal. Também reproduz a infração.

Declara que os serviços de transporte de cargas realizados dentro do território baiano, dispõe o RICMS (art. 1º, § 7º) e que é incontroverso que, na hipótese dos autos, parte dos serviços de transporte prestados à Impugnante teve como origem e destino município localizados no Estado da Bahia.

Destaca que, embora não estejam sujeitas à tributação pelo ICMS, as prestações internas de serviços foram incluídas na base de cálculo do lançamento impugnado, razão pela qual deve ser anulado o lançamento. Não bastasse a indevida pretensão de tributar prestações internas do serviço de transporte, o Autuante ainda impôs, ilegalmente, multa tributária com efeito confiscatório, sendo fixada em 150%.

Pondera que a Constituição Federal da República oferece ao sistema jurídico os princípios fundamentais que devem orientar a legislação nacional, estadual e municipal e que na seara tributária, importante princípio foi delimitado no art. 150, IV, da CF, estabelecendo a proibição do confisco, sendo que em proteção ao direito de propriedade e garantia dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade, o princípio do não - confisco se estende também às multas tributárias.

Registra que o Supremo Tribunal Federal já delimitou objetivamente e quantitativamente o marco a partir do qual a multa se revela confiscatória. Na aplicação do princípio que veda as multas tributárias com efeito de confisco, o STF definiu que SÃO CONFISCATÓRIAS AS MULTAS FISCAIS IGUAIS OU SUPERIORES A 100% DO VALOR DO TRIBUTO (*STF. RE 400927 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 04/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-115 DIVULG 17-06-2013 PUBLIC 18-06-2013; STF. RE 657372 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 07-06-2013 PUBLIC 10-06-2013*). Reporta que embora a administração fazendária baiana também esteja vinculada ao princípio do não-confisco, impôs à Impugnante multa fiscal confiscatória no montante de 150%.

Diante do caráter confiscatório da multa aplicada, acaso seja mantida a Autuação quanto à Infração 6, requer a Impugnante, subsidiariamente, seja a multa reduzida para 60%, em atenção ao art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Na defesa da infração 7, afirma o autuado que o Auditor Fiscal glosou crédito tributário aproveitado pela Impugnante nos valores históricos de R\$68.816,87 (agosto/2010), R\$57.317,06 (setembro/2010) e R\$154.414,39 (dezembro/2010). Como fundamento da autuação, indicou: “*Trata-se de crédito indevido lançado no campo Outros Créditos do livro registro de apuração com referência a Substituição Tributária Serviços Tomados, entretanto não houve apresentação de demonstrativo que elencasse os CTIRC's que podessem (sic) ensejar os valores a recolher de ICMS sobre o frete e, no caso, o crédito fiscal baseado nesses conhecimentos de transporte rodoviários de cargas*”.

Acrescenta que novamente com fulcro no imperativo da busca pela verdade material, vem a Impugnante apresentar os demonstrativos faltantes, a fim de que seja cancelada a Infração 7 (DOC. 13).

Pede e requer que sejam integralmente acolhidas as razões de defesa ora apresentadas. Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos, notadamente prova documental e pericial.

Na informação fiscal, fls. 181/188, o autuante informa que na infração 1, as alegações defensivas sobre os itens ELEVADOR DE CARGA e MASSA DE SOCAR, no qual aduziu que item foi adquirido através da Nota Fiscal nº 361 (Em verdade, constam na planilha anexada a este PAF – folha 12 –

duas Notas Fiscais com esta descrição: n^{os} 361 e a 380) e que não seria material de uso e consumo, mas bem do ativo permanente. No entanto, afirma que se trata de bem cuja função de içamento de matérias primas denota que estaria substituindo outro bem que possuía esta mesma função, daí seria equivalente a uma peça de reposição e que esta Nota Fiscal nº 361 foi lançada pelo autuado em seu registro de entradas, conforme planilha acima referenciada, com CFOP próprio de compras de mercadorias e não de bens para o ativo fixo que possui grupo próprio de lançamento, consoante se vê abaixo: “2.900 - *OUTRAS ENTRADAS DE MERCADORIAS OU AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS* - 2.922 - *Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de compra para recebimento futuro classificam-se neste código os registros efetuados a título de simples faturamento decorrente de compra para recebimento futuro*; 2.550 - *OPERAÇÕES COM BENS DE ATIVO IMOBILIZADO E MATERIAIS PARA USO OU CONSUMO* - 2.551 - *Compra de bem para o ativo imobilizado classificam-se neste código as compras de bens destinados ao ativo imobilizado do estabelecimento.*”.

Ainda assim, caso se tratasse de bem para o ativo fixo, só haveria a possibilidade de uso do crédito se houvesse a baixa através de lançamento contábil do bem do ativo substituído. Ademais, mesmo que entendêssemos este item como bem para o ativo fixo, descabe a utilização do crédito fiscal de forma inteira, mas somente através de parcelas de 1/48 a cada mês. Ou seja, mesmo assim o crédito seria indevido, pois:

- 1) MASSA DE SOCAR: Este material é utilizado, em verdade, para fazer pequenos reparos em revestimento de fornos e não como material refratário. Com esta função utilizam-se os tijolos refratários e o concreto refratários, materiais que são repostos com certa frequência para manter a integridade dos equipamentos. Esta massa de socar tem uso esporádico, por isso só existem duas notas fiscais de compras em dois anos de produção. Classicamente é também material de uso e consumo;
- 2) OUTROS MATERIAIS: A autuada apenas cita os materiais acetileno, bico queimador, gás mistura stargold, gás oxigênio industrial, hexaflour enxofre, mistura gás padrão primária, óleo lubrificante compressor, óleo lubrificante hidráulico e purga de ar como sendo consumidos em seu processo industrial.

Explica, ainda, que todos eles são típicos materiais de uso e consumo, como se pode ver da declaração entregue pela autuada e constante das folhas 13 e 14 deste PAF. Alguns deles, pela própria descrição, percebe-se a sua natureza de material de uso e consumo. Como os itens BICO QUEIMADOR, FRETE DE MATÉRIA PRIMA, PERNEIRA, CARTUCHOS DE TINTA PARA IMPRESSORA, PÁ QUADRADA SEM CABO E PNEU não foram contestados, presume-se a sua procedência. Pugno, então pela procedência desta infração.

Em relação à infração 2, diz que pelo fato desta infração decorrer diretamente da anterior, pelo fato de possuírem o mesmo objeto, ou seja, mesmos itens e notas fiscais envolvidos, os argumentos defensivos também aqui não devem ser acatados. Também é procedente a imputação.

Quanto à infração 3 - contestação de as informações por ela própria elaboradas e entregues a esta fiscalização, e que compõe este PAF – folhas 16 e 17. Entende que não há motivos para aceitação tais argumentos, visto que a autuada já havia entregue esses dados na forma de documento, inclusive com assinatura do Gerente Operacional.

Afirma que depois de já haver entregado as informações solicitadas, tendo em vista a preservação dos interesses da Fazenda Pública, somente laudo emitido por órgão público de metrologia, no caso, isento de parcialidade, é que poderia ser aceito para análise e confrontação com outros elementos da própria empresa. Pede pela procedência.

Nos argumentos da infração 4, verifica que o autuado reconhece a procedência.

No que pertine as razões da infração 5 com justificativa de improcedência da mesma, o que não parece razoável, segundo os olhos desta fiscalização, pois:

- 1) DI 09/1599313-3: No caso de importação de equipamento, no caso a camisa de eletrodo, conforme exigência do próprio artigo 343, XLVIII do RICMS-BA, o benefício do diferimento está condicionado à utilização em processo de implantação (não é o caso) ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, e atestado em declaração firmada pelo interessado. Assim, para fruição de tal benefício à autuada precisaria se desincumbir deste ônus.

Destaca que, nos documentos que formam este processo de importação há uma certa dubiedade quanto ao procedimento adotado pelo contribuinte, visto que de um lado apresenta guia para liberação de mercadoria estrangeira sem comprovação do recolhimento do ICMS – folha 107 - e DANFE com indicação do uso do diferimento segundo art. - 343, XLVIII – folha 101 do PAF -, de outro consta na própria DI – folha 103 do PAF – a citação do Convênio ICMS 52/91, onde deve haver o pagamento do ICMS sobre a importação, mas com base de cálculo reduzida.

Diante desta situação, consultei a autuada para as devidas explicações. Relata que ela enviou os dados principais relativos aos diversos processos de importação, e, neste caso, cópia magnética do DAE – ver em anexo - utilizado para o pagamento do ICMS relativo a esta DI no valor de R\$1.160.182,86.

Frisa que como o valor devido apurado foi de R\$1.357.718,28, houve uma diferença tributável de R\$197.535,42. Consultada, a autuada justificou a diferença pelo equívoco cometido no momento da montagem da base de cálculo e aplicação da carga tributária de 8,8% prevista no Convênio ICMS 52/91.

Em consequência, houve a autuação desta operação de importação.

- 2) DI's nºs 10/0197258-0, 10/0197271-8, 10/0745546-4 e 10/0752441-5: Para essas importações, a despeito de ser possível utilizar-se do instituto do diferimento, não foi essa, apesar da autuada tentar demonstrar o oposto em sua peça impugnativa, a atitude adotada.

Salienta que o impugnante entendeu como tributáveis todas essas 04 operações de importação, recolhendo aos cofres públicos os valores que entendera devidos além do fato de ter se apropriado dos respectivos créditos fiscais pelas entradas deste insumo – COQUE METALÚRGICO. Vê-se, em anexo, tanto as cópias dos DAEs, com os valores pagos, como os lançamentos, com crédito do imposto, no livro fiscal registro de entradas.

Desta forma, não parece haver dúvidas quanto à procedência desta parte da infração 5.

- 3) DI's nºs 09/1596148-7, 09/1846493-0, 09/184694-8 e 09/1846495-6: autuada justifica o não recolhimento do ICMS à ausência de circulação jurídica da mercadoria (neste caso, entre dois países).

Registra que não há muito a se comentar a respeito, pois não me parece haver qualquer previsão legal neste sentido. Por outro lado, a impugnante mais uma vez se contradiz, pois afirma que não houve recolhimento. Contudo, houve recolhimento efetivo do que ela entendeu devido e também se utilizou do respectivo crédito fiscal. Para restar clara esta afirmativa, seguem em anexo cópias dos DAEs com os recolhimentos e os lançamentos das respectivas notas fiscais no livro fiscal registro de entradas da autuada. Mantém a infração.

Na sexta infração, aborda que desde o início dos trabalhos de fiscalização foram solicitados deste contribuinte demonstrativos onde constassem todos os seus serviços de transportes em operações sucessivas (por óbvio, interestaduais, já que as internas não são tributadas) sujeitos ao pagamento de ICMS por substituição tributária – ST Fretes.

Esclarece que foram entregues todos os demonstrativos e, com base naqueles meses – folhas 22 a 47 do PAF - em que não houve o efetivo recolhimento do imposto, é que esta fiscalização embasou a infração perpetrada. Ou seja, a infração foi evidenciada levando-se em conta apenas os dados trazidos pelo próprio contribuinte autuado através de seus demonstrativos já citados.

Reitera que, contraditoriamente, a autuada se utilizou dos créditos pelos serviços tomados relativamente há estes 04 meses autuados com o devido acréscimo de 20% (previsto no RICMS-BA), mesmo alegando, mas não comprovando qualquer caso, que dentre as operações elencadas nos

demonstrativos das folhas 23 a 47 deste PAF houvesse operações de transporte interno. Ou seja, a autuada gostaria, por seus argumentos, de não ter ICMS a recolher sobre as operações que ela afirma ser internas (apesar de desprovida de prova), entretanto, aproveitou-se do crédito fiscal – em anexo, cópias do livro de apuração de ICMS onde constam os créditos por serviços tomados com valores idênticos aos que apurados em seus próprios demonstrativos.

Pontua que em palavras mais simples, a autuada pretende não pagar o ICMS devido sobre as operações de serviços tomados, mas aproveitou-se deste mesmo ICMS na forma de crédito em seu livro fiscal de apuração. Desse modo, parece indubitável a esta fiscalização a procedência total desta infração.

Nas alegações da infração 7 de que a própria autuada tentou justificar o seu creditamento indevido anexando demonstrativos que explicariam o seu direito a tal.

Disse que em linhas iniciais, percebe-se que a autuada anexou documentos relativos apenas aos meses de agosto e dezembro de 2010, ou seja, o mês de setembro, também objeto desta autuação, não foi contraditado, daí presume-se, de pronto, a procedência desta infração quanto a este período.

Assevera que os demonstrativos anexados referentes aos meses de agosto e dezembro apresentam valores a se creditar pelos supostos serviços tomados com montantes idênticos aos apontados nesta infração, porém para legitimá-los há a imperiosa necessidade de análise de todos os CTCs listados com a convergência das informações apontadas.

Reporta mais uma vez, contudo, que a autuada argumenta visando à satisfação apenas de seus interesses, quer dizer, pretende ver legitimados os seus créditos esquecendo-se de que há a necessidade de sua contrapartida, qual seja o devido pagamento do ICMS sobre esses fretes tomados.

Registra que os valores que deveriam ter sido recolhidos aos cofres públicos, segundo seus próprios demonstrativos anexados, seriam de R\$123.531,58 para o mês 12/2010 – folha 168 - e de R\$55.053,54 para o mês 08/2010 – folha 177. Pontua que o problema é que não foram anexados os necessários DAEs nem muito menos foram encontrados registros desses pagamentos nos sistemas internos da SEFAZ-BA. Mantém a autuação.

Conclui e ratifica a ação fiscal em sua integralidade, pugnando pela Procedência do Auto de Infração.

Constam, às fls. 216/220, extratos de pagamentos referentes ao reconhecimento do débito nas infrações nºs 1, 2, 3, 4 e 6, no valor histórico de R\$307.587,26, no qual o contribuinte efetuou pagamento através do Benefício da Lei nº 13.903/13.

VOTO

Verifico, preliminarmente, que o sujeito passivo, conforme constam dos extratos às fls. 216/220, efetua os pagamentos exigidos constantes das infrações nºs 1, 2, 3, 4 e 6, no valor atualizado de R\$330.196,45, utilizando-se do Benefício da Lei nº 13.903/13. Assim, constitui-se no reconhecimento do autuado pela procedência das aludidas infrações, cabendo à manutenção das mesmas, de forma que se extingue, em relação à essas, o crédito tributário e consequentemente o processo administrativo na forma do art. 122, I do RPAF/BA.

O impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, trazendo aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendeu necessários fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual. Assim, não havendo óbice à manifestação da defesa e, considerando 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 serem necessárias outras provas a se produzir, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” (diligência) e inciso II “a” e “b” do RPAF/99 (perícia), não verídico necessidade de diligência e indefiro a solicitação genérica nas alegações finais do autuado, quanto à perícia.

Resta, portanto, o exame das infrações 5 e 7, as quais respectivamente tratam de infração 5, recolhimento a menos do ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. V; e infração 7, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Trata-se de crédito indevido lançado no campo Outros Créditos do livro registro de apuração com referência a Substituição Tributária Serviços Tomados, entretanto não houve apresentação de demonstrativo que elencasse os CTCs que podem ensejar os valores a recolher de ICMS sobre o frete e, no caso, o crédito fiscal baseado nesses conhecimentos de transporte rodoviário de cargas.

Quanto à infração 5, especificamente no que alude a DI 09/1599313-3, conforme relata o autuante o sujeito passivo apesar de apresentar guia para liberação de mercadoria estrangeira sem comprovação do recolhimento do ICMS – folha 107 - e DANFE com indicação do uso do diferimento segundo art. 343, XLVIII – folha 101 do PAF -, contudo consta na própria DI à folha 103 dos autos a indicação do Convênio ICMS 52/91, que prevê o pagamento do ICMS sobre a importação com base de cálculo reduzida.

O autuante, diante deste fato, ou seja, de informações na DI de que a operação era contemplada pelo diferimento e ao mesmo tempo que havia incidência do ICMS com BC reduzida, enviou para esclarecimento cópia magnética do DAE utilizado para o pagamento do ICMS relativo a esta DI no valor de R\$1.160.182,86.

Destaca o autuante que o valor apurado pelo autuado foi de R\$1.357.718,28, havendo uma diferença tributável de R\$197.535,42, justificando o autuado a diferença pelo equívoco cometido no momento da montagem da base de cálculo e aplicação da carga tributária de 8,8% prevista no Convênio ICMS 52/91.

Cabe acolhimento aos argumentos alinhados pelo autuante, quanto à procedência da infração, pois caso a “camisa de eletrodo”, constante da aludida DI, fosse contemplada pelo benefício do diferimento, necessário seria que o sujeito passivo, a quem caberia o ônus da prova, demonstrasse a sua utilização em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, visto que se trata de um benefício condicionado a tais exigências, conforme determina o artigo 343, XLVIII do RICMS-BA. *In verbis*:

Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

XLVIII - nas entradas decorrentes de importação do exterior de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, desde que o desembaraço aduaneiro ocorra em território baiano, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, observado o disposto nos §§ 3º e 3º-A deste artigo;

...

§ 3º O diferimento de que trata o inciso XLVIII se aplica, inclusive, às empresas geradoras de energia elétrica e estende-se às operações realizadas por empresas contratadas para construção e montagem de Unidades Termoeletricas (UTE), bem como às saídas internas por elas realizadas, desde que os bens tenham como destino final o ativo imobilizado do contribuinte contratante.

§ 3º-A. Para fruição do tratamento previsto no inciso XLVIII, o contribuinte deverá obter autorização prévia do inspetor fazendário, com prazo determinado, que somente será concedida se o contribuinte:

I - apresentar projeto de implantação ou ampliação da planta de produção com cronograma de execução;

II - declarar que se trata de bens a serem utilizados no processo de implantação ou ampliação da planta de produção ou automação;

III - não possuir débito inscrito em dívida ativa, exceto se estiver com a exigibilidade suspensa.

IV - revogado

No tocante as importações prevista nas DI's nºs 10/0197258-0, 10/0197271-8, 10/0745546-4 e 10/0752441-5, na verdade, conforme alinha o autuante, o próprio impugnante entendeu como tributáveis todas essas 04 operações de importação, recolhendo aos cofres públicos os valores que entendera

devidos além do fato de ter se apropriado dos respectivos créditos fiscais pelas entradas deste insumo – COQUE METALÚRGICO. Consta anexo aos autos, tanto as cópias dos DAEs, com os valores pagos, como os lançamentos, com crédito do imposto, no livro fiscal registro de entradas.

Em relação às DI's nºs 09/1596148-7, 09/1846493-0, 09/184694-8 e 09/1846495-6, o sujeito passivo justifica o não recolhimento do ICMS à ausência de circulação jurídica da mercadoria entre os países, no presente caso, o do remetente e o Brasil. Contudo, apesar de alegar não haver circulação jurídica e não houve recolhimento, o autuado recolheu o que considerou devido e também se utilizou do respectivo crédito fiscal. O autuante destaca que para restar clara esta afirmativa, anexa cópias dos DAEs com os recolhimentos e os lançamentos das respectivas notas fiscais no livro fiscal registro de entradas da autuada. Mantém a infração.

Diante do exposto considero mantida a infração 5.

Em relação à infração 7, trata-se de crédito indevido lançado no campo Outros Créditos do livro registro de apuração com referência a Substituição Tributária de Serviços de transportes tomados. O sujeito passivo procura justificar o direito aos créditos fiscais cuja acusação é de crédito indevido em razão da falta de documentação comprobatória ao direito da respectiva utilização, apresentando planilha de pagamentos.

Destaca acertadamente o autuante, que o sujeito passivo apresentou documentos relativos apenas aos meses de agosto e dezembro de 2010, restando o mês de setembro do mesmo ano, cuja exigência não foi impugnada.

Ocorre que, para os créditos que o sujeito passivo pretende que sejam legitimados, necessário seria que o autuado demonstrasse os respectivos pagamentos sobre esses fretes tomados.

Cabe razão ao autuante quando afirma que os valores que deveriam ter sido recolhidos aos cofres públicos, segundo seus próprios demonstrativos anexados, seriam de R\$123.531,58 para o mês 12/2010 – folha 168 - e de R\$55.053,54 para o mês 08/2010 – folha 177, conforme art. 380 do RICMS/97, que trata da substituição tributária de prestação de serviço interestadual de transporte, inclusive o seu § 4º ao determinar que o imposto retido será recolhido no prazo previsto no inciso II do art. 126 do mesmo ato normativo. O sujeito passivo, contudo não anexa os necessários DAEs, ou mesmo consta registros desses pagamentos nos sistemas internos da SEFAZ-BA.

Considero, assim, mantida a infração 7.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269194.0049/13-1**, lavrado contra **VALE MANGANÊS S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$823.926,29**, acrescido das multas de 60% sobre R\$633.185,50 e 150% sobre R\$190.740,79, previstas no art. 42, incisos II, "f", V, "a" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2014.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR