

PROCESSO - A. I. Nº 298574.0002/21-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VALE MANGANÊS S.A.
RECORRIDOS - VALE MANGANÊS S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0015-04/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/05/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0111-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. REMESSA DE BENS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** SAÍDA INTERNA; **b)** SAÍDA INTERESTADUAL. Em análise aos documentos acostados ao Recurso Voluntário, algumas notas fiscais foram comprovadas e retiradas da autuação, por retorno dentro do prazo regulamentar, conforme as provas anexadas ao processo por serem Saídas internas e interestaduais, como também, foram retiradas da autuação as notas que tiveram seu prazo de suspensão prorrogado pelo Fisco, com base em Pareceres juntados, remanescendo às demais notas fiscais, em atendimento ao disposto no Art. 280, I e II do RICMS/BA. Infrações 01 e 02 parcialmente subsistentes. Modificada a Decisão recorrida; **c)** FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. Documentos juntados com a defesa comprovam que os bens que foram objeto da autuação não se submetem ao pagamento do adicional de 2%, previsto no art. 16 da Lei nº 7.014/96. Infração improcedente. Mantida a Decisão recorrida deste item. Não acolhido o pedido de redução ou cancelamento da multa. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0015-04/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/03/2021, interposto nos termos no Art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF que exige o valor histórico de R\$293.957,40, tendo em vista as infrações abaixo, no período de Janeiro/2017 a Dezembro/2018:

INFRAÇÃO 01 - 002.006.001: Deixou de recolher o ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno, ou cujo retorno ocorreu após o prazo estabelecido na legislação. Consta na descrição dos fatos que se trata de operações internas – R\$ 205.779,94, acrescido de multa de 60%;

INFRAÇÃO 02 - 002.006.001: Deixou de recolher o ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno, ou cujo retorno ocorreu após o prazo estabelecido na legislação. Consta na descrição dos fatos que se trata de operações interestaduais – R\$ 65.313,02 acrescido de multa de 60%;

INFRAÇÃO 03 - 002.006.001: Deixou de recolher o ICMS em razão de remessa de bens para industrialização, sem o devido retorno, ou cujo retorno ocorreu após o prazo estabelecido na legislação. Consta na descrição dos fatos que se trata do valor destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP) – R\$ 22.864,44.

O autuado apresentou impugnação (Fls. 28 a 44), informação fiscal prestada pelo autuante (Fls. 108 a 111), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 4ª JF que após análise

julgou **Procedente em Parte** nos seguintes termos (Fls. 118 a 121):

VOTO

O auto de infração em apreço, acusa o cometimento de três infrações relativas à falta de retorno de bens remetidos para reparo/conserto, sem comprovação de retorno, ou retornado fora do prazo.

Com relação à infração 01 (operação interna), constato que na planilha juntada à defesa, o impugnante indicou a data e nota fiscal correspondente de grande parte das notas fiscais que foram objeto da autuação, fato que foi reconhecido pelo autuante na informação fiscal.

Tomando por exemplo a Nota Fiscal nº 34153, (fl. 16), consignando remessa para conserto de cinco calhas magnéticas, na defesa foram indicadas as Notas Fiscais de retorno de números 1366, 1369 e 1370, do total dos bens, no prazo de 27 dias, e que foram acolhidos no demonstrativo refeito pela fiscalização (fl. 109).

Com relação aos bens que não foi comprovado o retorno, a exemplo da NF 36728, de remessa de um motorvibrador, observo que o Art. 280, I e II do RICMS/BA, estabelece que é suspensa a incidência do ICMS nas saídas internas, interestaduais de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, bem como de bens do ativo imobilizado e materiais para industrialização ou prestação de serviços fora do estabelecimento.

Já o § 1º, III do art. 280 do RICMS/BA prevê que:

§ 1º Para a suspensão prevista no inciso I serão observadas as seguintes regras:

...

III - a remessa de mercadoria com suspensão do ICMS fica condicionada a que o retorno real ou simbólico ao estabelecimento de origem, ocorra em até 180 dias, contados da data da saída do estabelecimento autor da encomenda, sendo que esse prazo poderá ser prorrogado até duas vezes, por igual período, em face de requerimento escrito do interessado, dirigido à repartição fiscal a que estiver vinculado.

Portanto, não tendo comprovado o retorno de parte das mercadorias, encerra a suspensão condicionada ao retorno das mercadorias, e cabível a exigência do ICMS relativo à operação de saída de mercadoria do estabelecimento (art. 2º da Lei 7.014/96).

Com relação às remessas de bens contemplados com a suspensão do imposto que tiveram retorno após o fim do prazo, observo que embora o autuado tenha afirmado que “foram objeto de pedido de prorrogação do prazo”, não constatei nenhum documento juntado à defesa que comprove esta alegação, motivo pelo qual, não acato.

Quanto ao argumento de que não ocorreu o fato gerador, observo que a exemplo da NF 42720, relativa à remessa de um motor, o retorno foi indicado na planilha à fl. 32, após decorrido 519 dias, enquanto o prazo legal era de 180 dias. Neste caso, como o impugnante não comprovou ter requerido e sido concedido prazo de prorrogação, nos termos do § 3º do art. 280, deveria ter adotado o seguinte procedimento:

§ 3º No caso de retorno de mercadorias, após ter sido emitida nota fiscal para recolhimento do imposto por ter expirado o prazo de retorno, a nota fiscal será emitida com destaque do imposto, devendo nela constar, também, o número, a série e a data da nota fiscal emitida para recolhimento do imposto.

Portanto, não tendo tributado a operação como determina a legislação do ICMS, fica mantida a exigência do imposto sobre estas operações.

A mesma apreciação é válida para a infração 02 (operações interestaduais), que a empresa comprovou o retorno da maior parte dos bens dentro do prazo, e que extrapolou o prazo legal de 180 dias, relativo às Notas Fiscais de números 42234, 43682 e 45061 (fls. 34/35), e foram mantidas pelo autuante no demonstrativo remanescente de fl.110.

Por tudo que foi exposto, acato os demonstrativos remanescentes da infração 01 (fl. 108), com redução do débito de R\$ 205.779,94, para R\$ 75.306,16, e na infração 02, de R\$ 65.313,02, para R\$ 25.056,00, (fl. 110).

No tocante à infração 03, observo que conforme alegado pelo defendente, o demonstrativo original de fl. 19 indica a remessa para conserto/reparo de calha, cilindro, motorvibrador, motores, bombas, ventilador, radiadores, tubos, transformadores, etc.

Neste caso, assiste razão ao defendente, visto que não estão relacionadas nos incisos II, IV, V e VII do art. 16 da Lei nº 7.014/96, com relação à cobrança do percentual de 2% relativo ao FECEP, visto que as peças e partes indicadas na Lei referem-se a ultraleves e embarcações de esporte e lazer.

Portanto, conforme reconhecido pelo autuante, não há previsão legal para a cobrança do adicional de 2% do FECEP, improcedente a infração 03.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa

aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal.

No tocante ao pedido de redução ou cancelamento da multa, observo que este órgão julgador não tem competência para apreciar este pedido, motivo pelo qual, não acolho.

Com relação ao argumento de que a multa é inconstitucional, não cabe a este órgão julgador nos termos do art. 167, I do RPAF/BA apreciar inconstitucionalidade da legislação tributária.

Afasto o pedido de cancelamento ou redução da multa por falta de previsão legal (art. 159 do RPAF/BA), tendo em vista que se trata de descumprimento de obrigação principal.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com redução do débito da infração 01 de R\$ 205.779,94, para R\$ 75.306,16, e na infração 02, de R\$ 65.313,02, para R\$ 25.056,00, e improcedência da infração 03.

Inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 132 a 146) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Inicia dizendo que nas Infrações 01 e 02, julgadas parcialmente procedentes, imputa-se à Recorrente ter promovido a saída interna e interestadual de produtos para conserto/reparo sem comprovar o respectivo retorno, ou cujo retorno ocorreu após o prazo regulamentar, o que configuraria omissão de saída tributável de mercadoria, e que após a inicial, o Autuante elaborou novo demonstrativo, apontando que: **(i)** não houve a comprovação de retorno dos produtos indicados nas Notas Fiscais nºs 34753, 36728, 42134, 42479, 43431, 44400, 44695, 44704, 44807, 44864, 44865, 44976, 45396 e 46889; e **(ii)** o efetivo retorno das mercadorias relacionadas nas Notas Fiscais nºs 40166, 42234, 42479, 42484, 42564, 42565, 42720, 43200, 43682, 44911, 45061 e 45374 teria ocorrido em prazo superior ao fixado pela norma regulamentar.

Ao contrário, porém, do que afirmou o Autuante, a Recorrente demonstrou que todos os produtos remetidos para conserto/reparo indicados nos referidos demonstrativos retornaram dentro do prazo regulamentar de 180 ou foram objeto de pedidos de prorrogação do prazo para retorno, e apresenta uma planilha constando tais informações, conforme se verifica em seu referido recurso (Fls. 137 a 139).

Diz que, como se vê, uma vez comprovado o retorno de todas as mercadorias remetidas para conserto, com a respectiva documentação fiscal idônea e dentro do prazo legal, as infrações 01 e 02 devem ser integralmente canceladas e ainda ressalta que os pedidos de prorrogação de pedidos de prorrogação do prazo para retorno formulados pela Recorrente foram deferidos, conforme os pareceres anexos (Fls. 159 a 162).

Ademais, frisa-se que o Autuante reconhece o retorno dos referidos produtos. Assim, ainda que houvesse retorno fora do prazo estabelecido no RICMS, não há que se falar em cobrança do ICMS, uma vez que não restou configurado o fato gerador do referido imposto.

Ora, sendo incontroverso o efetivo retorno das mercadorias, inclusive em data anterior à autuação, não se pode admitir que a ficção prevaleça sobre a realidade e a Recorrente seja compelida ao pagamento de tributo cujo fato gerador não se concretizou.

Diz que o ICMS é um imposto incidente sobre as operações relativas à circulação de mercadorias, nos termos do art. 155, inciso II da Constituição Federal e no arquétipo constitucional do tributo, destacam-se três vocábulos que delimitam a sua incidência: operação, circulação e mercadoria. A palavra “operação” se refere a uma transação mercantil. “Circulação”, por sua vez, sugere a transferência de propriedade da mercadoria, não bastando o mero deslocamento físico do bem. Por fim, a acepção de “mercadoria” compreende todos aqueles bens móveis sujeitos à mercancia.

Ou seja, as operações apontadas na autuação não configuram fato gerador do ICMS, pois se tratam de meros deslocamentos de mercadoria, sem que houvesse qualquer circulação jurídica ou econômica.

A expressão “circulação de mercadoria” - que designa a hipótese de incidência do ICMS - não abarca toda e qualquer movimentação física de mercadoria, mas **tão somente** aquelas em que

ocorre a **transferência de titularidade** da mercadoria.

Sendo assim, comprovado o efetivo retorno das mercadorias, ainda que fora do prazo estabelecido pelo Decreto nº 13.780/2012 (RICMS), resta patente a insubsistência da cobrança.

Além disso, a Decisão recorrida deixou de cancelar ou reduzir a multa aplicada sob o equivocado fundamento de que o órgão julgador *a quo* “não tem competência para apreciar este pedido”. Sem razão!! Eis que o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/99, vigente no período autuado, diz que “*As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.*”

Certo é que a Recorrente faz jus ao cancelamento da penalidade aplicada em excesso, sob pena de violação aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e não-confisco. Com efeito, convém sobrelevar que a vedação ao confisco (CF, art. 150, IV) é princípio que limita o poder de tributar, impedindo que a sanha arrecadadora atinja o direito de propriedade.

O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade (*Trecho do Voto do Min. Celso de Mello, Relator do RE 754554 AgR, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 22/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-234 DIVULG 27-11-2013 PUBLIC 28-11-2013*).

Como não poderia ser diferente, o CONSEF/BA vem determinando a redução de multas desproporcionais e aplicadas sem qualquer fundamentação, a exemplo dos Acórdãos JJF Nº 0023-05/11, A. I. Nº - 279103.0008/10-6 julgado em 18 de fevereiro 2011, CJF Nº 0025-11/10, AI Nº 002207.3097/08-0 julgado em 23/02/2010 e CJF Nº 0411-12/13, AI Nº 060624.4001/11-9 julgado em 05/12/2013.

À vista do exposto, pugna a Recorrente que seja dado provimento ao presente Recurso Voluntário, reformando-se a Decisão recorrida, para que seja reconhecida a insubsistência integral da autuação e da multa aplicada.

Ademais, pugna pela expedição de Ofício à IFMT Metro para colacionar aos autos o comprovante de protocolo dos pedidos de dilação de prazo para retorno das mercadorias, formulado nos termos do art. 280, § 1º, III, do RICMS.

VOTO

Conforme já relatado, trata-se de Recurso de Ofício e Recurso Voluntário em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0015-04/22-VD, que por unanimidade, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/03/2021, interposto nos termos no Art. 169, I, alíneas “a” e “b” do RPAF que exigia o valor histórico de R\$293.864,44, e fora reduzido em decisão de piso para R\$100.362,16 pela falta de recolhimento do ICMS em razão em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno.

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 4ª JJF desonerou parcialmente o sujeito passivo, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta Câmara, restando cabível o presente recurso nos termos do Art. 169 do RPAF.

A redução do Auto em Infração em Primeira Instância, se deu por que em sua Informação Fiscal, o autuante entendeu parcialmente a tese defensiva em relação às infrações 01 e 02, e considerou Improcedente a Infração 03.

Conforme já explicitado em decisão de primeira instância, em relação às Infrações 01 e 02, o Recorrente indicou a data e as notas fiscais correspondente a grande parte das notas fiscais de remessa para conserto que foram objeto da autuação. Estas notas elidiram parte da autuação, ao demonstrar as respectivas notas de retorno, dentro do prazo regulamentar, fato este que foi reconhecido pelo autuante na informação fiscal e acatado pela JJF.

A JJF tomou como exemplo a Nota Fiscal nº 34153, (fl. 16), onde consta a remessa para conserto de

cinco calhas magnéticas, e que na defesa foram indicadas as Notas Fiscais de retorno de nºs 1366, 1369 e 1370, do total dos bens, no prazo de 27 dias, e que foram acolhidos no demonstrativo refeito pela fiscalização (fl. 109).

Logo, considerando todas as notas cujo prazo foi inferior a 180 dias, o autuante retirou da autuação, restando mantido os valores de R\$75.306,16 para a Infração 01, e para a infração 02 restou mantido o valor R\$25.056,00, (fl. 110), referente aos bens, que segundo o autuante e acatado pela JJF, não foi comprovado o retorno tempestivo.

Já no tocante à Infração 03, fora cobrado indevidamente 2% do fundo de combate à pobreza relativo aos produtos calha, cilindro, motovibrador, motores, bombas, ventilador, radiadores, tubos, transformadores, etc., produtos estes não relacionadas nos incisos II, IV, V e VII do art. 16 da Lei nº 7.014/96. Portanto, conforme reconhecido pelo autuante e acatado em decisão de piso, visto não se tratar de peças para ultraleves e embarcações de esporte e lazer.

Por todo o exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

No que tange ao Recurso Voluntário, alega a Recorrente que parte das notas fiscais apontadas pela fiscalização, tiveram retorno dentro do prazo regulamentar, ou tiveram o prazo de suspensão prorrogado pelo ente fiscal.

Em análise aos documentos acostados ao Recurso Voluntário, cabe as seguintes considerações:

Devem ser retiradas da autuação, por retorno dentro do prazo regulamentar, conforme notas fiscais anexas ao processo. Fls. 152 a 157, a Nota Fiscal nº 36728, bem como as Notas Fiscais nºs 42134, 44695, 44704, 44807, 44864, 44865, 44976 e 46889 (Saídas internas) e 34753, 43431 e 44400 (saídas interestaduais).

Além destas, devem também ser retiradas da autuação as notas que tiveram seu prazo de suspensão prorrogado pelo Fisco, com base nos Pareceres nºs 13369120199, 40129520196 e 29802520190, são elas 40166, 42479, 42484, 42564, 42565, 42567, 45061 e 42720.

Quanto às demais notas fiscais, atendendo ao disposto no Art. 280, I e II do RICMS/BA, que estabelece suspensão da incidência do ICMS nas saídas internas, interestaduais de mercadorias ou bens destinados a industrialização, conserto ou operações similares, bem como nos respectivos retornos, reais ou simbólicos, bem como de bens do ativo imobilizado e materiais para industrialização ou prestação de serviços fora do estabelecimento, por não terem atendido ao prazo de retorno de até 180 dias e não constarem nos pareceres de prorrogação de prazo da suspensão, devem portanto, conforme já exposto pela decisão de piso, serem mantidas na autuação.

DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS INTERNAS E RETORNOS DE MERCADORIAS PARA CONserto/REPARO									
Nº NF Saída	Data NF Saída	Descrição do Item	Quant. Enviada	Nº NF Retorno	Data NF Retorno	Quant. Retorno	Chave de acesso NF de Retorno	Vlr ICMS	Quant. Dias p/ retorno
43200	16/04/18	MOTOR,CA,WEG,17 5CV 315SM 4P B3D	1,00	2172	21/03/2019	1,00	2919036324645800014555 0010000021721300600507	3.784,86	339*
43467	04/05/18	MOTOR WEG	1,00	2170	21/03/2019	1,00	2919036324645800014555 0010000021701300600502	1.350,00	321*
44911	05/09/18	MOTOR,CA,WEG,5 CV 100L 4P B34D	3,00	2145 e 1961	08/03/2019 e 19/11/2018	3,00	2919036324645800014555 0010000021451084381000 e 2918116324645800014555 0010000019611720580001	540,00	184*
44911	05/09/18	VENTILADOR,IND USTRIAL AXIAL	4,00	2145	08/03/2019	4,00	2919036324645800014555 0010000021451084381000	1.440,00	184*
45374	08/10/18	CILINDRO BASCULAMENTO SINTERIZACAO (Div. descr.)	2,00	6429 e 8091	01.11.2018 e 17.06.2019	2,00	2918112182982600013855 0010000064291000002758 e 2919062182982600013855 0010000080911000003372	6.840,00	252*
45396	09/10/18	ANEL,DESG,ACO A515 C	2,00	NF avulsa 2130162019	17/06/2019	2,00	(Nota Fiscal em anexo - Doc. 03)	8.798,74	251*

Total da Infração 01:

MÊS	VALOR DEVIDO
abr/18	3.784,86
mai/18	1.350,00

set/18	1.980,00
out/18	15.638,74
TOTAL	22.753,60

Infração 02

DEMONSTRATIVO DAS SAÍDAS INTERESTADUAIS E RETORNOS DE MERCADORIAS PARA CONSERTO/REPARO									
Nº NF Saida	Data NF Saida	Descrição do Item	Quant. Enviada	Nº NF Retorno	Data NF Retorno	Quant. Retorno	Chave Nfe de Retorno	VI ICMS	Quant. Dias p/ retorno
42234	06/03/18	MONOGAS CO MSA MOD. ALTAIR PRO	80,00	43174 e 42359	10/09/2018 e 27/07/2018	80,00	35180901004749000170550000000431741954257062 e 35180701004749000170550000000423591120336588	6.960,00	188*
43682	22/05/18	TRANSFORMADOR TURSA 2,5 MVA	1,00	40351	29/01/2019	1,00	31190126389015000187550010000403511982159102	6.000,00	252*

Total da Infração 02:

MÊS	VALOR DEVIDO
mar/18	6.960,00
mai/18	6.000,00
TOTAL	12.960,00

Em relação ao pedido de redução da multa, ou ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada de 60% está prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este Conselho, nos termos do art. 167, I do RPAF/BA declarar inconstitucionalidade da legislação tributária.

No tocante ao pedido de redução ou cancelamento da multa, observo que este órgão julgador não tem competência para apreciar este pedido, motivo pelo qual, não acolho tal pedido, haja visto que o § 7º do Art. 42 foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, data anterior à lavratura do presente auto.

Ante o exposto, voto pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, restando mantido o valor de R\$35.713,60.

Portanto, concluo pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298574.0002/21-7, lavrado contra VALE MANGANÊS S.A, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$35.713,60, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS