

PROCESSO - A.I. Nº 271330.0004/00-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CIQUINE COMPANHIA PETROQUÍMICA
RECORRIDOS - CIQUINE COMPANHIA PETROQUÍMICA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e IMPUGNAÇÃO AO ARQUIVAMENTO DE RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 2132-02/01.
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 11.04.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0094-11/02

EMENTA: ICMS. I) RECURSO DE OFÍCIO: 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Imputação elidida. Inalterada a Decisão recorrida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. No entanto, após corrigidos os erros no levantamento, resultou em diferenças de entradas, que por presunção legal, são decorrentes da falta de contabilização de saídas de mercadorias tributadas. Inalterada a Decisão recorrida. II) RECURSO DE IMPUGNAÇÃO AO ARQUIVAMENTO DE RECURSO VOLUNTÁRIO: INTIMPESTIVIDADE. RECURSO VOLUNTÁRIO. Recurso interposto contra despacho da autoridade que determinou o arquivamento do Recurso Voluntário por ter sido apresentado fora do prazo legal. Confirmada a intempestividade da peça recursal. Afastadas as preliminares de nulidade. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime em relação ao Recurso de Ofício e por maioria quanto à Impugnação ao Arquivamento do Recurso Voluntário.

RELATÓRIO

Examina-se no presente julgamento Recurso de Ofício previsto no art. 169, I, “a”, item 1 do RPAF-BA, apresentado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal em relação as infrações 1 (integral) e 5 (parcial) constantes do Auto de Infração em referência, relacionadas ao Acórdão nº 2132-02/01 e Recurso de Impugnação ao Arquivamento do Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo, contra o referido acórdão, pelo fato do Recurso ter sido arquivado em razão da sua apresentação intempestiva.

As infrações consignadas no Auto de Infração são as abaixo indicadas :

1. Crédito fiscal indevido no valor de R\$4.657,58, no mês 10/95, em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, conforme documentos à fl. 09.
2. Crédito fiscal indevido no total de R\$10.883,47, no exercício de 1995, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo às fls. 10 a 11.

3. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$8.794,78, no exercício de 1995, 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, conforme demonstrativo à fl. 12.
4. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS no total de R\$20.064,56, no exercício de 1995, relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram objeto de quebra anormal, conforme demonstrativo às fls. 13 a 16.
5. Falta de recolhimento do imposto, no total de R\$30.737,78, no exercício de 1995, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme demonstrativos às fls. 17 a 189.
6. Falta de escrituração do livro de Registro de Controle da Produção e do Estoque, sujeitando-se à multa no valor de R\$397,10, equivalente a 10 UPFS-BA.

A 2ª JJF decidiu a lide com base no Voto abaixo transcrito :

“As arguições de nulidades do sujeito passivo de que o lançamento tributário de ofício está em desarmonia com os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em virtude de erros nos levantamentos fiscais, não devem prosperar, uma vez que, os fatos estão descritos com clareza e estão todos documentados através dos levantamentos e demonstrativos às fls. 09 a 199. Ademais, nota-se pelos argumentos defensivos que o autuado demonstrou o perfeito entendimento das acusações que lhe foram imputadas, não ficando, em momento algum, impedido de exercer o seu direito de defesa, como demonstram as suas razões de mérito. Tendo em vista que as arguições de nulidade se confundem com o mérito das questões discutidas, passarei a analisá-las conjuntamente.

Infração 1 – (apropriação indevida de crédito fiscal sobre nota fiscal de devolução de mercadorias). Considerando que o autuado comprovou que realmente a nota fiscal de devolução nº 166915 refere-se às Notas Fiscais nºs 4914 a 4916, e não apenas à Nota Fiscal nº 4915 (doc. fls. 234 a 237), e ante o reconhecimento do autuante em exigir indevidamente o valor de R\$4.657,58, torna-se desnecessário maiores considerações a respeito, merecendo registro apenas que dita importância deve ser excluída do demonstrativo de débito.

Infração 2 – (crédito fiscal indevido através de notas fiscais de aquisições de material para uso e consumo) – Os créditos fiscais foram considerados indevidos por se referir a CARVÃO ATIVO, ÁCIDO SULFÚRICO, FOSFATO DE TRISSÓDICO, PERÓXIDO DE HIDROGÊNIO E ISOPROPANOL. O sujeito passivo, ao defender-se sustenta que os referidos produtos são utilizados em sua atividade de industrialização de produtos petroquímicos como insumos imprescindíveis para o processo produtivo.

De acordo com o artigo 95, do RICMS/89, “consideram-se insumos, para efeito de apropriação do crédito, as mercadorias ou produtos que, utilizados no processo industrial sejam nele consumidos ou integrem o produto final na condição de elemento indispensável à sua composição”, sendo, expressamente vedado no artigo 97, IX do mesmo regulamento, a apropriação dos créditos dos produtos que não preencham tais requisitos.

Portanto, no caso presente, o cerne da questão reside em determinar se os referidos produtos realmente concorrem, direta e necessariamente, para a fabricação de produtos objeto da atividade industrial do autuado, e são utilizados e consumidos em cada etapa do processo produtivo.

Pela descrição dos produtos (doc. fls. 240 e 241) e respectivas funções no processo industrial, inclusive, confirmadas na revisão fiscal, quais sejam: ALCÓOL ISOPROPÍLICO ou ISOPROPANOL (solvente da Seção RH-Complexo para recuperação do Catalisador – RODIO); CARVÃO ATIVO (agente absorvente da Seção de Recuperação do Ródio e purificação do ácido fumárico); FOSTATO TRISSÓDICO (geração de vapor para proteger o equipamento); PERÓXIDO DE HIDROGÊNIO (branqueador utilizado no processo de branqueamento de plastificantes); ÁCIDO SULFÚRICO (utilizado para controle do pH de efluentes orgânicos e de água de resfriamento para controlar suas características), verifica-se que os referidos produtos não integram o processo industrial, eis que, não são consumidos nele em cada etapa produtiva, e nem integram o produto final como elemento indispensável na sua produção.

Vale ressaltar que esta questão já foi tratada em outro Auto de Infração lavrado contra o autuado, no qual, restou provado através de Parecer do CEPED que os produtos em exame CARVÃO ATIVO, FOSTATO TRISSÓDICO e ISOPROPANOL OU ALCÓOL ISOPROPÍLICO, não são produtos intermediários no processo produtivo, e com relação aos demais produtos (PERÓXIDO DE HIDROGÊNIO e ÁCIDO SULFÚRICO), pelos esclarecimentos das respectivas funções no processo industrial constantes neste Processo e confirmadas pela revisão fiscal, constata-se também que eles não podem ser considerados como produtos intermediários. Assim, concluo que tais esclarecimentos não deixam dúvidas quanto à liquidez e certeza da exigência fiscal deste item, não se aplicando ao caso, a jurisprudência de outros Estados e decisões do STF acerca do conceito de produto intermediário para fins de direito ao crédito fiscal, citados na peça defensiva, pois não se tratam dos mesmos produtos.

Infração 3 (diferença de alíquotas sobre aquisições de material para uso e consumo) – considerando que restou evidenciado no item precedente que os produtos CARVÃO ATIVO e ISOPROPANOL tratam-se de bens para uso e consumo, e tendo em vista que o débito deste item refere-se a esses produtos, os quais, foram adquiridos no exercício de 1995, através das notas fiscais relacionadas à fl. 12, em outras Unidades da Federação, considero correta a cobrança da diferença de alíquotas, conforme previsto no artigo 1º, IV, do RICMS/89, também não se aplicando ao caso, a jurisprudência citada pelo sujeito passivo, haja vista que não se tratam dos mesmos produtos.

Infração 4 (falta de estorno de crédito fiscal – quebra anormal) – este item exige o valor de R\$20.064,56, referente a falta de estorno de crédito fiscal relativo a entrada no estabelecimento de OCTANOL, BUTANOL, ISOBUTANOL e DOP, cujos produtos foram objeto de quebra anormal no processo produtivo. Para chegar à conclusão quanto ao débito lançado no Auto de Infração, observa-se que os valores dos estornos foram obtidos mediante a multiplicação das quantidades de perdas dos produtos acabados multiplicado pelo custo variável de produção, constantes na ficha de estoques de produtos declarados pelo autuado. Logo, tratando-se de valores contabilizados é descabido o argumento defensivo de que foram computados dados não fornecidos pela empresa. Não obstante a revisão fiscal ter demonstrado à fl. 318, que o percentual de perdas na produção de OCTANOL, BUTANOL, ISOPROPANOL e DOP, situou-se abaixo de 1%, e que estaria dentro dos parâmetros de variação de medidas aprovada pelo INMETRO, observo que se o imposto incide por ocasião da saída dos produtos, as perdas anormais decorrentes da movimentação de tais produtos, não deve compor o custo de produção, sendo, por isso, devido o estorno de crédito, conforme previsto no artigo 99, IV, do RICMS/89, entendimento esse, já corroborado em outro processo da mesma natureza no âmbito do CONSEF.

Infração 5 (omissão de saídas apurada por meio de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias) – da análise dos argumentos defensivos, dos documentos acostados aos autos e com base no resultado da revisão fiscal, concluí que devem ser procedidas as seguintes alterações no levantamento quantitativo:

- a) OCTANOL – examinando a cópia do Registro de Inventário às fls. 195/197 dos autos, verifiquei que o autuante não considerou nos estoques inicial e final, a quantidade do OCTANOL RECUPERADO. Logo, entendo que se o levantamento das entradas e das saídas considerou o OCTANOL RECUPERADO, devem ser incluídas as quantidades de 130,662 e 102,340 ton. deste produto constante no Registro de Inventário às fls. 195 a 197, pois, no levantamento os estoques deste produto não foram computados no item OCTANOL, senão vejamos:

Especificação	Estoque em 1994 (fl.195)	Estoque em 1995 (fls.196/7)
Prod.acabado no estabelecimento	557,204	3.857,516
Pro.acabado em poder de terceiros	1.147,681	1.071,785
Total	1.704,885	4.929,30
Total consignado no demonstrativo à fl.17	1.704,89	4.929,30

Como bem concluiu o revisor fiscal, também não concordo que devam ser computadas as notas fiscais relativas a simples remessa para o Porto de n^{os} 197, 962, 965 e 970, no total de 101,71 toneladas, visto que, as saídas definitivas somente ocorrerão por ocasião de emissão dos documentos fiscais das respectivas vendas.

Quanto às Notas Fiscais n^{os} 167, 4037, 4030, 1685 e 1833, no total de 80,64 ton. de OCTANOL RECUPERADO, entendo como devida a sua inclusão, pois o levantamento o considerou juntamente com o OCTANOL.

Sobre as perdas equivalentes a 205,72 toneladas, entendo que as mesmas devem ser consideradas no levantamento, já que, as mesmas foram consideradas para fins de estorno de crédito na infração 04.

- b) N-BUTANOL – igualmente, deve ser considerada a quantidade de 24,163, conforme demonstrado à fl. 318, relativamente a perdas no produção.
- c) DOP – concordo com o revisor no sentido de que deve ser considerada a quantidade de 30,743 toneladas estocadas no Brasterminais, pois, tal quantidade encontra-se escriturada no Registro de Inventário e realmente não foi computada pelo autuante.
- d) DIBP e ANIDRIDO MALEICO- ante reconhecimento do autuante dos equívocos apontados na defesa, devem ser procedidas as devidas alterações no demonstrativo à fl. 17 dos equívocos apontados na defesa.

(...)

Assim, constatando-se no levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias tanto diferença de entradas com de saídas de mercadorias tributadas, conforme previsto na Portaria n^o 445/98, deve ser exigido o imposto com base na diferença de maior expressão econômica, no caso, sobre as diferenças nas entradas no montante de R\$57.281,82, com imposto devido no valor de R\$9.737,91.

Infração 6 (multa pela falta de escrituração do livro Registro de Controle de Produção e do Estoque) – nada a comentar, haja vista, que o autuado não se insurgiu a esta imputação,

limitando-se apenas a acostar aos autos a Nota Fiscal nº 21155 (doc. fl. 298, relativa ao Certificado de Crédito nº 230143, para quitação do valor desta multa.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$49.877,82...”.

Em função da Decisão acima a 2ª JJF ingressou com Recurso de Ofício em relação a infração 1, julgado Improcedente e a infração, julgada parcialmente procedente.

O sujeito passivo foi comunicado da Decisão da 2ª JJF no dia 04/12/2001, conforme AR de fls. 352, entretanto só protocolou o Recurso Voluntário no dia 17/12/2001, fls. 373, razão pela qual, o Setor de Intimação do CONSEF lhe comunicou que o citado Recurso foi arquivado por ter sido apresentado intempestivamente, docs. fls. 364/365.

Inconformado, o sujeito passivo, dizendo-se amparado no art. 173, § 1º do RPAF-BA, ingressou com Impugnação ao Arquivamento do Recurso Voluntário onde, na descrição dos fatos, reconhece que o prazo para apresentação do Recurso se expirava no dia 14.12.01 e que só o apresentou no dia 17.12.01 em razão do A.R. ter sido recebido pelo Sr. Edvan Santos de Carvalho, pessoa estranha ao seu quadro de funcionários e que pertence ao quadro de funcionários da empresa Locadora São Thomaz que lhe presta serviços terceirizados relativos a transportes de malotes, relação esta que cessou recentemente.

Acrescenta que o Sr. Edvan só lhe comunicou que tinha recebido a intimação no dia 05.12.01, sem salientar que a recebera no dia anterior o que resultou no equívoco já que passou a contar o prazo a partir do dia 05/12/01 e, em vista disto, supôs ser o dia 17.12.01 o último dia para interposição do Recurso.

Em seguida, objetivando respaldar seus argumentos, adentra em questões preliminares, onde cita lição do mestre Hely Lopes Meireles e argúi a decadência relativamente ao lançamento pertinente ao período de 01.12.95 a 27.12.95, erro de direito por parte do auditor fiscal no fundamento legal atribuído à infração 5, cita jurisprudência e ilustres autores, ingressa em questões de Direito para, ao final pedir o reconhecimento da tempestividade do Recurso Voluntário e a anulação da parte do Auto de Infração aqui referida em razão da extinção do crédito tributário, por manifesto erro de direito e o conseqüente julgamento pela improcedência deste item. Requer a ouvida da PROFAZ.

A Douta PROFAZ oferece o Parecer nº 63/02, doc. fls. 432/433, onde opina pela Improcedência da impugnação por considerar ausente justificativa legal para a intempestividade.

Entendeu a PROFAZ que, de acordo com o que preceitua o art. 108 do RPAF/99, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer fato, ato ou exigência fiscal será feita por via postal, com aviso de recebimento, assinado pelo sujeito passivo ou interessado. Considera que o sujeito passivo não logra descaracterizar a figura do empregado, preposto da empresa ou mesmo interessado e, em razão disto, entendeu não elidida a intempestividade do Recurso.

VOTO

Inicialmente, examinarei a Impugnação contra o Arquivamento do Recurso Voluntário. Apesar da especificidade do Recurso, o patrono do recorrente argúi em seu arrazoado duas questões com o fito de alcançar a nulidade absoluta de parte do Auto de Infração, razão pela qual, serão as mesmas aqui enfrentadas.

A primeira diz respeito a arguição de que “decaiu o direito do Fisco, em vista da extinção do crédito tributário referente ao período de 1º de janeiro de 1995 a 27 de dezembro de 1995, dia anterior ao da lavratura do Auto de Infração, em razão do decurso de 05 (cinco) anos, no qual se configurou a homologação tácita do lançamento efetuado pelo recorrente, consoante § 4º, do art. 150 c/c inciso III do art. 156, ambos do CTN”.

De acordo com os elementos constantes nos autos observo que a ação fiscal teve início no dia 08.11.00, docs. fls. 190 e 193, sendo concluída no dia 28/12/00 mediante a lavratura do presente Auto de Infração, cuja ciência pelo recorrente verificou-se no dia 29/12/00. O período fiscalizado refere-se a 01/01/1995 a 31.12.1995. O art. 173, inciso I do CTN, estabelece :

“Art. 173 – O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Por sua vez, o art. 44 da Lei nº 4.825/89, em pleno vigor à época da ocorrência dos fatos geradores, a qual repete a previsão estabelecida no art. 28 do Código Tributário do Estado da Bahia, este em pleno vigor, repete a norma do CTN acima transcrita, conforme abaixo :

“Art. 44 – Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.

§ 1º - Após 5 (cinco) anos, a partir d 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento”.

Apesar dos argumentos trazidos pelo recorrente, através do seu ilustre patrono, os quais merecem o maior respeito, vejo que, à luz dos dispositivos legais acima transcritos, considerando-se que o lançamento envolveu o exercício de 1995 (1º de janeiro a 31 de dezembro), o prazo para que se procedesse o lançamento de ofício teve sua contagem iniciada em 01.01.96 e concluiu-se em 31.12.2000. Portanto, no caso em tela, não se operou a decadência, razão pela qual considero afastada esta preliminar de nulidade argüida pelo recorrente.

Quanto a segunda preliminar de nulidade, esta foi posta destacando o seguinte argumento : “constata-se que houve erro por parte do auditor fiscal no fundamento legal atribuído à suposta infração”. Neste sentido, observo que não se trata de caso de nulidade absoluta argüida em relação a parte do item 5 do Auto de Infração, já que envolve questão de mérito. Em consequência, esta preliminar não será examinada neste julgamento, considerando o Recurso que ora se aprecia, ficando ressaltado o exame via controle da legalidade.

No tocante a Impugnação ao Arquivamento do Recurso Voluntário vejo que o RPAF/99, em seu art. 108 estabelece as formas de intimação ao sujeito passivo ou pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, desde que não haja previsão diversa pela legislação. Assim, a intimação ao sujeito passivo ocorreu mediante remessa, por via postal, com Aviso de Recebimento, cuja entrega da intimação foi efetuada, efetivamente, no endereço do estabelecimento do autuado, conforme comprovam os docs. de fls. 350 e 352.

É notório que os funcionários da ECT, quando da execução da tarefa da entrega de correspondência em empresas do porte do recorrente, localizadas no polo petroquímico, até por questão de segurança, não têm acesso ao estabelecimento e a entrega é feita na portaria do estabelecimento ao preposto que lá estiver para atendimento.

Não resta dúvida que a intimação foi efetivamente entregue no estabelecimento do autuado no dia 04/12/01, e o recorrente teve conhecimento imediato do fato tanto que, a intimação surtiu os seus efeitos já que petição e o Recurso Voluntário, fls. 364 a 404, estão datados do dia 14/12/01 só que, por motivos que apenas dizem respeito ao recorrente, só foi protocolada no dia 17/12/01 logo, intempestiva.

Diante disto, por entender que o recorrente não elidiu a intempestividade do Recurso, é que, com fundamento no art. 173, I do RPAF-BA e em consonância com a Douta PROFAZ, voto pelo Não Provimento do Recurso de Impugnação ao Arquivamento do Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, onde se examina, apenas, a parte onde ocorreu a sucumbência pela Fazenda Estadual, vejo que, em relação a infração 1 o próprio autuante reconheceu sua improcedência, portanto, não existe razão para qualquer modificação na Decisão Recorrida.

No tocante a infração 5, a Decisão foi tomada com base em diligência fiscal realizada por auditor estranho ao feito, lotado na ASTEC/CONSEF, cujas parcelas do débito que foram excluídas efetivamente, não são devidas, consoante as análises detalhadas constantes no Voto proferido pelo o Sr. Relator da 1ª Instância.

Em conclusão, meu voto é pelo afastamento das preliminares de nulidade aqui argüidas, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo INDEFERIMENTO da impugnação contra o Arquivamento 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 e, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso de Impugnação ao Arquivamento de Recurso Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0004/00-9, lavrado contra **CIQUINE COMPANHIA PETROQUÍMICA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$49.480,72**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$39.742,81 e 70% sobre R\$9.737,91, previstas no artigo 61, III, “b”, IV, “a” e VIII, “a” e “b”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa de **10 UPFs-BA**, prevista no artigo 61, XV, “d”, da mesma lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ