

<b>PROCESSO</b>	- A.I. Nº 269194.0005/99-1
<b>RECORRENTE</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECORRIDO</b>	- CARAÍBA METAIS S/A.
<b>RECURSO</b>	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 2125-01/01
<b>ORIGEM</b>	- INFAZ CAMAÇARI
<b>INTERNET</b>	- 28.11.02

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0406-12/02

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Revisão fiscal especifica a destinação de cada produto, ficando comprovado descaber a exigência fiscal em relação aos itens: materiais refratários, placas de vergalhão de cobre e em PVC e diatomita, por se tratar de material intermediário e de embalagem. Já em relação ao item cal virgem este se destina a tratamento de efluentes e, o item tubo DIN 2440 considerado uma ferramenta, em ambos os casos a legislação não prevê a utilização de crédito fiscal. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mantida a exigência fiscal em relação aos produtos que foram objeto de glosa dos créditos fiscais, por ser devida a diferença de alíquotas na aquisição de bens de uso e consumo. Infração comprovada em parte. 3. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. Modificada a decisão. Parte dos demonstrativos do levantamento quantitativo de estoques foram anexados pelos autuantes após a decisão da 1ª Instância, através do cumprimento de diligência solicitada por esta 2ª CJF, tendo o recorrido apresentado nova impugnação, dentro do prazo legal. Para que se cumpra a dupla instância de julgamento, esta impugnação deve ser apreciada por Junta de Julgamento Fiscal, o que impõe a NULIDADE da Decisão Recorrida em relação a este item, e o PAF deve retornar para que o mesmo seja, adequadamente, julgado. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado pela 1ª JJF, nos termos do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81), com a redação dada pela Lei nº 7.438/99, ao Acórdão JJF nº 2125-01/01, que, por unanimidade do entendimento dos seus membros e após ser rejeitada a preliminar argüida, julgou o presente Auto de Infração Procedente em Parte.

Foram julgados procedentes os itens 6 e 7 da autuação e procedentes em parte os itens 1, 2, 3, 4, 5 e 8, que ensejaram o presente Recurso de Ofício, e exigem imposto em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Itens 1, 2 e 3, da autuação - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
2. Itens 4 e 5, da autuação - deixou de recolher diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias em outros Estados, e destinadas a consumo do estabelecimento;
3. Item 8 da autuação – falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saída de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas tributáveis.

Em relação aos itens em que foram excluídos ou reduzidos os valores exigidos, consta na Decisão Recorrida o seguinte voto, *in verbis*:

*“No que diz respeito aos itens 1 a 3 que tratam de utilização indevida de crédito fiscal de produtos considerados de uso e consumo, passarei a analisa-los produto a produto, senão vejamos:*

- a) Cal virgem – [...] devendo, portanto, ser mantida a autuação;*
- b) Materiais Refratários - comprovado nos autos que são considerados refratários os seguintes produtos: massa refratária, concreto refratário, calha carbofrax, concreto aluminoso, massa de secar, aluminosas, seca, de pega química, argamassa carbofrax, argamassa refratária, tubo e bica carbofrax e tijolo refratário. Tais produtos têm como função o revestimento interno dos fornos agindo como isolamento térmico nos equipamentos que operam em altas temperaturas.*

*Por diversas decisões administrativas, este CONSEF tem entendido que tais bens são considerados produto intermediário e, assim, o tem julgado. Essas decisões só podem ser revogadas através de atos normativos daqueles órgãos e que não se configurem conflitos na legislação. Além do mais, não podem tais revogações abrangerem fatos pretéritos, conforme dispõe o art. 146 do CTN. Do exposto, para que a administração fiscal modifique seu entendimento, glosando os créditos oriundos do bem em questão, deverá haver reforma das orientações e normas administrativas, dentro dos trâmites legais e, havendo novas orientações, estas só poderão surtir efeito sobre aqueles fatos que ocorreram após tal modificação. Pelo exposto, deve ser excluído da autuação o valor exigido relativo ao produto em questão;*

- c) Placa de vergalhão de cobre e em PVC – Apesar da discordância dos autuantes em relação a utilização do produto, ao ser efetuada a revisão fiscal, o diligente informa que as placas de vergalhão de cobre e em PVC são efetivamente utilizadas como embalagens, confirmando, assim, as argumentações do defendente de que tais produtos são etiquetas plásticas de identificação do produto, não restando qualquer dúvida quanto ao acerto do autuado ao utilizar-se dos créditos fiscais destacados nos*

*documentos fiscais de sua aquisição. Improcede a exigência do imposto a título de crédito indevido.*

- d) *Tubo DIN 2440 – [...] é vedada a utilização do crédito fiscal do imposto destacado no documento fiscal de sua aquisição;*
- e) *Diatomita – Quanto ao referido produto, verifica-se que o revisor fiscal esclareceu que o mesmo é utilizado como auxiliar no processo de filtração, podendo ser apresentado de duas formas: 1) misturada diretamente à mistura que seja filtrada e 2) acondicionada ao filtro antes da mistura a ser adicionada. Assim, tem razão o autuado ao afirmar que a finalidade do produto é evitar que as impurezas retidas nos filtros formem película compacta impedindo o fluxo do líquido a filtrar. Na verdade, o que ficou demonstrado nos autos é que o produto, apesar de não fazer parte do produto final, nele se integra. Assim, concluo que tal produto se enquadra como intermediário, com direito ao uso dos créditos fiscais na sua aquisição.*

*[...]*

*No que concerne os itens 4 e 5 que dizem respeito a diferença de alíquota, por se tratarem dos mesmos produtos examinados nos itens 1 a 3, e tendo ficado comprovada a utilização indevida do crédito fiscal por se tratar de produtos destinados a uso e consumo do estabelecimento, vedada a utilização do crédito fiscal, também o autuado deixou de proceder o recolhimento do imposto devido por diferença de alíquota nas aquisições de bens de uso e consumo do estabelecimento. Assim, para os itens cal virgem e tubo DIN 2440, é devido o imposto exigido na autuação*

*[...]*

*No que se refere ao item 8 do auto de infração, vale observar que os autuantes inicialmente indicam ter havido diferenças por omissão de saída dos produtos Vergalhão de Cobre e Sulfato de Níquel, e diferença por omissão de entrada do produto Cátodo. Tendo sido exigido imposto em relação a omissão de maior expressão monetária, de acordo com as regras estabelecidas no §16 do art. 70 do RICMS/89, e instrução dada pela Portaria nº 445/98. No entanto, não juntou os papéis de trabalho, fato que levou ao autuado a requerer a nulidade do presente item por cerceamento do direito de ampla defesa. Posteriormente, o processo foi remetido a IFESP para dirimir as dúvidas suscitadas quanto ao item em questão. Aquela Inspetoria Especializada respondeu que se achava impedida de proceder a diligência, sugerindo que o processo fosse encaminhado aos autuantes para que os mesmos demonstrassem como foram calculados os valores das saídas com notas fiscais, bem como os documentos utilizados.*

*Somente neste momento, os autuantes juntaram aos autos os demonstrativos analíticos das saídas, entretanto, só fizeram em relação aos itens Sulfato de Níquel e Vergalhão de Cobre, ou seja, não apresentaram nenhum levantamento ou demonstrativo para exame no que diz respeito ao produto Cátodo. Desta forma, toda a defesa, em relação a este item da autuação, foi embasada considerando apenas as diferenças por omissão de saída dos itens Sulfato de Níquel e Vergalhão de Cobre, não prosperando agora a argumentação dos autuantes de que o defendente teria se omitido de emitir pronunciamento em relação ao item Cátodo, vez que tal item foi totalmente ignorado pelos prepostos autuantes ao não procederem a juntada dos papéis de trabalho quando diligenciado para tal, não tendo sido objeto da autuação.*

*No que concerne ao resultado do levantamento quantitativo, em relação aos itens em análise, foram anexadas cópias xerográficas de notas fiscais, pelo impugnante, para fazer a comprovação da inexistência de diferenças por omissão de saída de mercadorias. No entanto, ao apresentar na sua impugnação, indica a existência de diferença de 20,47 toneladas de vergalhão de cobre e, sem qualquer justificativa, inclui a título de “reprocessamento” 27,12 toneladas de sulfato de níquel.*

*Os autuantes ao tomarem conhecimento da juntados dos documentos fiscais, refizeram o levantamento, discordando da quantidade de sulfato de níquel indicada como reprocessamento, haja vista que não consta nos autos nenhum documento que comprove tal fato. Reconhecem a diferença apontada para o item vergalhão de cobre, no total de 20,47 toneladas e uma diferença de 27,12 toneladas de sulfato de níquel.*

*Com a juntada dos demonstrativos analíticos do levantamento quantitativo de estoque, em relação aos itens sulfato de níquel e vergalhão de cobre, o autuado teve a oportunidade de se manifestar nos autos, descaracterizando, assim, o seu pedido inicial de nulidade da autuação por cerceamento de defesa, haja vista ter sido saneada as pendências suscitadas.*

*Assim, analisando os elementos de prova trazidos ao PAF, concluo pela manutenção parcial do valor do item 8 do auto de infração, para ser exigido o imposto no valor de R\$25.782,85, referente as diferenças de 27,12 toneladas de sulfato de níquel e 20,47 toneladas de vergalhão de cobre, [...]”*

Na sessão realizada no dia 29/07/2002, em Pauta Suplementar, esta 2ª CJF deliberou que os autos fossem remetidos em diligência à INFAZ de origem, para que os autuantes anexassem os demonstrativos analíticos da diferença apontada em relação ao produto Cátodo, e, se cumprida esta deliberação, o autuado fosse cientificado para proceder nova impugnação, se desejasse, no prazo de 30 (trinta) dias, para que fosse atendido o disposto no art. 123, do RPAF/99, e se, ao revés, não fosse possível o atendimento desta diligência, o autuado deveria ser cientificado para se pronunciar, querendo, no prazo de 10 (dez) dias, consoante a regra do § 1º do art. 18, do mesmo Regulamento (fls. 634 e 635).

A diligência foi atendida pelos autuantes que anexaram os demonstrativos analíticos da diferença apontada em relação ao produto Cátodo (fls. 636 a 660), tendo sido concedido pela INFAZ de origem novo prazo de defesa de 30 dias ao autuado (intimação à fl. 662), que apresentou nova impugnação à exigência contida no item 8 da autuação (fls. 664 a 675), requerendo, ao final, que fosse mantida a Decisão Recorrida, ou, “na remota possibilidade de questionamento quanto às quantidades de cátodo comercializadas no período”, que fosse realizada diligência saneadora como forma de comprovar as alegações defensivas.

## **VOTO**

Concordo integralmente com a Decisão Recorrida no que tange aos itens 1 a 5 da autuação, ao excluir os produtos *Materiais Refratários, Placa de vergalhão de cobre e em PVC e Diatomita* que geram direito ao uso do respectivo crédito fiscal e não estão, portanto, sujeitos ao pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, e manter a exigência relacionada com os produtos *cal virgem e tubo DIN 2440*, em que a utilização do crédito fiscal é indevida e se sujeitam ao pagamento do diferencial de alíquotas.

Contudo, com referência ao item 8 do Auto de Infração, discordo do entendimento da 1ª JF.

O item 8 do presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saída de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Os autuantes, inicialmente, indicaram ter havido diferenças por omissão de saída dos produtos Vergalhão de Cobre e Sulfato de Níquel, com base de cálculo de R\$24.011.963,16, e diferença por omissão de entrada do produto Cátodo, com base de cálculo de R\$6.870.863,66, tendo sido exigido imposto em relação a omissão de maior expressão monetária, de acordo com as regras estabelecidas no §16, do art. 70, do RICMS/89, e instrução dada pela Portaria n.º 445/98.

No entanto, não foram juntados os papéis de trabalho, fato que levou ao autuado a requerer a nulidade deste item por cerceamento do direito de ampla defesa.

Posteriormente, após a remessa do processo à IFESP, que se achou impedida de proceder a diligência solicitada, os autuantes juntaram aos autos os demonstrativos analíticos das saídas, entretanto, só fizeram em relação aos itens Sulfato de Níquel e Vergalhão de Cobre, ou seja, não apresentaram nenhum levantamento ou demonstrativo para exame no que diz respeito ao produto Cátodo.

Desta forma, toda a defesa, em relação a este item da autuação, foi embasada considerando apenas as diferenças por omissão de saída dos itens Sulfato de Níquel e Vergalhão de Cobre, e a 1ª JF concluiu que não prosperava a argumentação dos autuantes de que o defendente teria se omitido de emitir pronunciamento em relação ao item Cátodo, vez que tal item foi totalmente ignorado pelos prepostos autuantes ao não procederem a juntada dos papéis de trabalho quando diligenciado para tal, não tendo sido objeto da autuação.

Assim, este item foi julgado Procedente em Parte, exigindo-se a diferença apontada para o item vergalhão de cobre, no total de 20,47 toneladas e a diferença de 27,12 toneladas de sulfato de níquel, e o imposto no valor de R\$25.782,85, com base de cálculo de R\$151.663,84.

Ocorre que esta decisão fere a orientação das mencionadas regras estabelecidas no §16, do art. 70, do RICMS/89, e instrução dada pela Portaria n.º 445/98, que determinam a exigência do imposto em relação à omissão de maior expressão monetária que, no caso, passaria a ser a diferença por omissão de entrada do produto Cátodo, com base de cálculo de R\$6.870.863,66, mas esta 2ª CJF não pode modificar a Decisão Recorrida, pois implicaria em cerceamento de defesa, vez que o autuado jamais recebeu os demonstrativos analíticos desta diferença apontada em relação ao produto Cátodo.

Por esta razão, o PAF foi remetido em diligência à INFAZ de origem, para que os autuantes anexassem os demonstrativos analíticos da diferença apontada em relação ao produto Cátodo, e, se cumprida esta deliberação, o autuado fosse cientificado para proceder nova impugnação, se desejasse, no prazo de 30 (trinta) dias, para que fosse atendido o disposto no art. 123, do RPAF/99, e se, ao revés, não fosse possível o atendimento desta diligência, o autuado deveria ser cientificado para se pronunciar, querendo, no prazo de 10 (dez) dias, consoante a regra do § 1º, do art. 18, do mesmo Regulamento (fls. 634 e 635).

Como já mencionado no Relatório, a diligência foi atendida pelos autuantes que anexaram os demonstrativos analíticos da diferença apontada em relação ao produto Cátodo (fls. 636 a 660), tendo sido concedido pela INFAZ de origem novo prazo de defesa de 30 dias ao autuado (intimação à fl. 662), que apresentou nova impugnação à exigência contida no item 8 da autuação (fls. 664 a 675), requerendo, ao final, que fosse mantida a Decisão Recorrida, ou, “na remota possibilidade de questionamento quanto às quantidades de cátodo comercializadas no período”, que fosse realizada diligência saneadora como forma de comprovar as alegações defensivas.

Destarte, para que se cumpra a dupla instância de julgamento, esta impugnação deve ser apreciada por Junta de Julgamento Fiscal, o que impõe a nulidade da Decisão Recorrida em relação a este item, e o PAF deve retornar para que o mesmo seja, adequadamente, julgado.

O meu voto, portanto, é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício apresentado, para anular a Decisão Recorrida quanto ao item 8 do Auto de Infração, e homologá-la em relação aos demais itens.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício para **ANULAR** a Decisão Recorrida quanto ao item 8 do Auto de Infração n.º **269194.0005/99-1**, lavrado contra **CARAÍBA METAIS S/A.**, e homologá-la em relação aos demais itens, devendo o PAF retornar à 1ª Instância para novo julgamento deste item 8.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de Novembro de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PROFZ