

PROCESSO	- A. I. Nº 281076.0002/97-4
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e COBAFI – COMPANHIA BAHIANA DE FIBRAS
RECORRIDOS	- COBAFI - COMPANHIA BAHIANA DE FIBRAS e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 1000/99
ORIGEM	- INFAZ CAMAÇARI
INTERNET	- 03.06.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0042-12/03

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS ABAIXO DO CUSTO DE PRODUÇÃO. Conforme determina o art. 99 do RICMS/89, na hipótese de saída com base de cálculo inferior à operação de entrada, é cabível tão somente a exigência de estorno do crédito fiscal, e não diferença de imposto, como está sendo exigido no presente lançamento de ofício. Exigência fiscal insubsistente. Item nulo. Decisão modificada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Os produtos constantes destes itens não se caracterizam como insumos ou produtos intermediários a ensejarem crédito fiscal. Infrações caracterizadas. Decisão parcialmente modificada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. COMPROVAÇÃO NO MESMO EXERCÍCIO, TANTO DE SAÍDAS COMO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. VALOR DA DIFERENÇA DE SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO E DA MULTA. Revisão fiscal em sede de Recurso Voluntário reduz o débito inicialmente apurado quanto à omissão de saídas dos produtos Fios e Lonas de Náilon. Infração parcialmente caracterizada. Decisão parcialmente modificada. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário impetrado pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 3ª JJF, através do Acórdão nº 1000/99, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como Recurso de Ofício, a teor do art. 169, inciso I, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e alterações posteriores.

O Auto de Infração foi lavrado imputando-se ao recorrente o cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ou seja, saídas de mercadorias abaixo do custo de produção;
2. Falta de recolhimento do 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, referente a materiais que se creditou indevidamente;
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;
4. Falta de recolhimento do 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;
5. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício fechado e,
6. Falta de escrituração de entrada de mercadorias tributáveis apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, em exercício fechado, com apuração de entradas não escrituradas em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, referentes aos chips especial de náilon, sem valor a ser aplicado.

O recorrente, em sua defesa – fls. 106 a 146 – contesta a autuação parcialmente, visto que reconhece e recolhe o valor que lhe é exigido no item 4. Quanto à infração que lhe é imputada no item 1, afirma que a mera leitura dos dispositivos citados não permite identificar a infração que lhe é imputada. No mérito, afirma que o art. 2º, do Decreto Lei nº 406/68 dispõe que a base de cálculo do imposto é o valor da operação de que decorrer a saída da mercadoria, no que foi acompanhado pelo Convênio 66/88, art. 4º, III, e não o custo de produção. Requer, por outro lado, a exclusão do ICMS do cômputo do custo de produção para fins de comparação com a base de cálculo empregada na saída, alegando que o mesmo não foi feito pelos autuantes, requerendo diligência saneadora neste sentido, e a revisão de parcelas na composição do custo unitário de produção.

Quanto aos itens 2 e 3, impugna-os alegando que os produtos adquiridos são indispensáveis à realização do seu processo produtivo, sendo utilizados nos tanques das torres de resfriamento, com função bactericida, anticorrosiva e antiincrustante, nos compressores, ar condicionado, na limpeza de bombas e fleiras, sendo, portanto, devido o uso dos créditos e indevida a complementação de alíquota. Anexa laudo técnico que entende comprovar sua alegação.

Quanto aos itens 5 e 6, requer diligência alegando que os autuantes não consideraram, no estoque final do exercício de 1992, os produtos que foram retirados do estoque e alocados no processo produtivo para a obtenção de novos produtos, e os estoques em poder de terceiros, saídos em consignação.

Os autuantes, em informação fiscal – fls. 180 a 183 - mantêm a autuação, e asseveram, quanto ao item 1, que os dados foram retirados das próprias planilhas de custo da empresa, que não incluem o

ICMS, sendo acrescentado o ICMS na base de cálculo, conforme determina a legislação, e que a composição de custo alegada pelo autuado refere-se ao custo de transferência interestadual para estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular ou seu representante, ou no caso de o estabelecimento remetente não ter efetuado operações de venda de mercadoria objeto da operação.

Quanto aos itens 2 e 3, afirmam que os produtos objeto da autuação são destinados a conservação, limpeza, manutenção não afetados ao processo produtivo, não sendo portanto consumidos no processo produtivo e nem tampouco elementos indispensáveis à composição do produto final.

No que se refere aos itens 5 e 6, esclarecem que consideraram como válidas as informações do relatório de produção do autuado, que substitui o livro Registro de Controle da Produção e Estoque, e que do confronto das quantidades produzidas de lona náilon 400, fio náilon 400 e chips especial de náilon, com as suas saídas com nota fiscal para fechar o balanço entre quantidades produzidas e vendidas, levou-se em conta os estoques iniciais e finais de cada produto, não cabendo ser considerado os produtos em processo no referido quantitativo de estoques, pois já partiram da produção dos produtos finais para fazer a apuração. Quanto aos produtos em consignação, constataram que a maior parte do material que encontrava-se em consignação já havia sido remetida há mais de um ano e que mensalmente eram emitidas notas fiscais de reajuste de preço deste produtos, e que por este motivo não foram considerados os estoques dos produtos em consignação nem as suas faturas de produtos remetidos antes de 1992.

A PROFAZ – fl. 185 – converte o PAF em diligência ao DICO para reexame da autuação, sendo que este órgão se pronuncia (fls. 186 a 189) quanto ao item 1, no sentido de que os autuantes equivocaram-se ao agregar o ICMS ao custo de produção e ao custo fixo, cujas parcelas que não foram oneradas pelo imposto superam o custo variável. Elabora planilha com a decomposição analítica do custo total de cada produto fabricado no exercício de 1992, mês a mês, e conclui que tomando como parâmetro o custo efetivo da produção, sem inclusão do ICMS, as saídas por preço inferior ao custo ocorreu apenas em algumas operações, o que reduz o débito exigido.

Quanto aos itens 2 e 3, assevera que o próprio laudo técnico anexado pelo contribuinte informa que os produtos nitrato de sódio, ácido nítrico e salitre do Chile são utilizados na limpeza dos equipamentos; que o produto viajante de nylon e guia de fio são equipamentos utilizados com a função de evitar o emaranhamento dos fios produzidos; que o Kurizet é utilizado no tratamento da água de resfriamento dos equipamentos e tem ação bactericida, anti incrustante e anticorrosivo, e que o gás freon é utilizado no sistema de refrigeração industrial, concluindo no sentido de que, à luz do Parecer Normativo nº 001/81, da antiga PROFI, esses materiais não podem ser considerados como produtos intermediários, e sim como de conservação, limpeza e manutenção, não afetados ao processo de produção e nem consumidos no processo produtivo.

Quanto aos itens 5 e 6, esclarece que as quantidades de saídas e de entradas não foram questionadas pelo autuado, e que os produtos que se encontravam em processo no final de 1992 não podem ser incluídos nos levantamentos elaborados pelos autuantes, pois se referem a matéria-prima e o levantamento envolveu apenas produtos já acabados. Com referência ao produto chips especial de náilon, afirmam que não existe divergência entre os resultados apurados pelos autuantes e o apontado no demonstrativo do contribuinte autuado, pois ambos indicam omissão de entradas na

ordem de 11,008 toneladas, diferença esta que é inferior às omissões de saídas no mesmo exercício, devendo ser aplicado o art. 13 da Portaria nº 445/98.

Cientificados os autuantes e o recorrente/recorrido sobre a revisão, este último não se manifesta, enquanto os autuantes se pronunciam – fls. 215 e 216 – reiterando as exigências fiscais na sua totalidade, especificamente quanto aos itens 1 e 5 diante do resultado revisional.

A Decisão Recorrida – fls. 221 a 227 – foi no sentido de julgar o item 1 procedente em parte, acatando o resultado revisional, o item 5 inteiramente procedente e afastaram o item 6, efetuando a adequação das exigências fiscais destes dois últimos à regra da Portaria nº 445/98, no seu art. 13, por ter sido constatado no levantamento quantitativo de estoque tanto omissão de saídas quanto apuração de entradas não escrituradas em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, com multa de 5%, prevalecendo a omissão de saída de mercadorias tributáveis, por ser de maior valor.

Quanto aos itens 2 e 3, que estão correlacionados – entendeu a Junta de Julgamento Fiscal que cabe a exigência de glosa dos créditos tão somente sobre as aquisições do produto gás freon, por não ser consumido no processo produtivo, nem ser elemento indispensável à composição do produto final, utilizado nos compressores e ar condicionado. Quanto aos demais produtos, afirma que são insumos, pois se enquadram nos requisitos elencados no §1º do art. 93, do RICMS/97, com o conseqüente direito ao creditamento do ICMS, pois indispensáveis ao processo produtivo, citando Parecer Normativo CST nº 065/79 da Receita Federal para embasar a Decisão, sendo devido o uso dos créditos e indevida a exigência de diferencial de alíquota sobre as aquisições respectivas.

No que toca ao item 4, julga-o procedente, diante do reconhecimento e pagamento do débito pelo contribuinte.

Irresignado, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 232 a 247 – onde contesta o Julgado quanto aos itens 1, 3, 5 e 6, muito embora este último tenha sido afastado pela Decisão de Primeira Instância.

Quanto ao item I, alega que o Decreto Lei nº 406/68 e o Convênio ICM nº 66/88 não exigiam a adoção de base de cálculo mínima nas hipóteses de venda de mercadorias por estabelecimento industrial, e que a Lei nº 4825/89 e o RICMS não poderiam instituir base de cálculo diversa da estabelecida em legislação hierarquicamente superior. Alega, ainda, que os autuantes não observaram o que determina a legislação baiana quanto às parcelas que devem integrar o custo da produção, na forma do art. 30 da citada Lei e do art. 70, III, “b” do RICMS/89, agregando parcelas que não devem ser levadas em consideração para fins de cálculo do ICMS. Elabora e apresenta demonstrativo da sua tese, e requer a exclusão das parcelas que entende indevidas.

Em relação ao item 3, contesta a Decisão Recorrida quanto à manutenção da exigência fiscal de glosa do crédito e diferencial de alíquota quanto ao produto gás freon. Alega que o produto é indispensável ao seu processo produtivo, conforme laudo técnico anexado aos laudos, sendo utilizado nos compressores, na solução de água fria necessária ao sistema de resfriamento que mantém a estabilidade térmica da planta industrial.

No que toca aos itens 5 e 6, reitera as alegações defensivas, além de trazer novos argumentos que entende descaracterizar o levantamento efetuado pelos autuantes, quais sejam;

a – que os autuantes não consideraram para fins de apuração da produção mensal os valores relativos à remessa e devolução dos produtos finais levados a reprocesso;

b – nos saldos de estoque em 31.12.91 e 31.12.92 não foram considerados os saldos de estoque que se encontravam em poder de terceiros;

c – nos meses de novembro e dezembro os autuantes deixaram de incluir no levantamento das saídas várias notas fiscais de venda e,

d – que foram consideradas como saídas do estabelecimento as remessas para industrialização, não sendo considerada em contrapartida o retorno destes produtos.

Conclui, quanto a estes itens, requerendo a conversão do PAF em diligência saneadora a fim de que seja feito o levantamento.

Instados a contra arrazoar o Recurso Voluntário, manifestam-se os autuantes - fls. 253 a 256 – reiterando a informação fiscal quanto ao item 1. No que toca aos itens 2 e 3, solicitam a reforma do Julgado, entendendo que a Decisão foi equivocada, pois os produtos objeto do Auto de Infração são materiais de uso e consumo, e não insumos ou produtos intermediários, descrevendo detalhadamente a afetação de cada bem no processo produtivo.

Em relação aos itens 5 e 6, esclarecem, quanto às alegações recursais, que os valores de produção foram retirados dos Relatórios de Produção do próprio contribuinte, portanto não deve ser levado em consideração os produtos em processo, pois já partiram dos produtos finais para fazer a apuração; que não foram considerados os estoques em poder de terceiros, pois a maior parte do material que encontrava-se em consignação já havia sido remetida há mais de um ano, e que mensalmente eram emitidas notas fiscais de reajuste de preço desses produtos, ao tempo que os produtos remetidos em consignação eram faturados no próprio mês da remessa ou com uma pequena defasagem; que em relação às alegações de que nos meses de novembro e dezembro não incluíram no levantamento das saídas várias notas fiscais de venda e que foram consideradas saídas do estabelecimento as remessas para industrialização, não sendo consideradas o retorno deste produtos, não podem pronunciar-se pois o contribuinte não anexou nenhum documento que comprove tais alegações, e que somente houve uma remessa para industrialização, que citam, não sendo encontrado nenhum retorno de industrialização na documentação que foi apresentada quando da ação fiscal.

À fl. 257, consta petição atravessada aos autos pelo recorrente, com anexação de documentos que comprovariam as alegações relativas aos itens 5 e 6, bem como demonstrativo do custo por produto, quanto à infração do item 1. Nesta petição, o recorrente reconhece a procedência da exigência fiscal quanto aos levantamento de estoque do produto Chips de Náilon, ao tempo que afirma que efetuará o recolhimento do “quantum” exigido; quanto ao demais produtos Fios e Lonas de Náilon reitera a improcedência do levantamento quantitativo, acrescentando que os autuantes não teriam incluído fator de correção no levantamento das entradas dos Fios de Náilon, o que, a seu ver, diminuiria as supostas omissões apontadas

A PROFAZ, à fl. 403, manifesta-se pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por entender, em resumo, que as razões apresentadas pelo recorrente não conseguem elidir a ação fiscal.

Distribuído o processo a esta Relatora, convertemos o PAF em diligência – fl. 406 – para que a ASTEC analisasse a documentação acostada quanto aos itens 5 e 6, e esclarecesse se as alegações dispostas nas alíneas “c” e “d” da peça recursal relativas a estes itens, são verdadeiras e elidem as respectivas exigências fiscais.

Às fls. 407 a 412, a ASTEC, após cumprir o solicitado, que se restringiu ao item 5 - visto o reconhecimento do débito quanto ao item 6 pelo recorrente, expresso na petição de fl. 257 -, conclui pela redução do valor do débito exigido originariamente no item objeto da diligência, de R\$827,43 para R\$373,10, elaborando quadros onde efetua as retificações necessárias com base na documentação apresentada pelo recorrente e a constante nos autos.

Cientificado do resultado revisional, o recorrente manifesta-se à fl. 424, no sentido de que a diligência realizada acatou a maior parte das suas alegações, e que diante de algumas dúvidas suscitadas pela ASTEC, traz os seguintes esclarecimentos:

I – No item referente a Lonas de Náilon, relativo ao mês de maio de 1992, a ASTEC não excluiu a Nota Fiscal nº 20296 por não ter a empresa apresentado a comprovação do retorno das referidas mercadorias, entretanto neste momento acosta aos autos a Nota Fiscal nº 5548, emitida pela Pirelli da Bahia S/A que comprova o retorno destas;

II – No item referente a Fio de Náilon, relativo ao mês de março de 1992, a ASTEC deixou de incluir a Nota Fiscal nº 20006, sob a alegação de que não teria sido comprovado o retorno da mercadorias, entretanto acosta aos autos a Nota Fiscal nº 20821, emitida pela empresa Petronyl Indústria e Comércio de Poliamida Ltda., onde consta a devolução das mercadorias enviadas através das Notas Fiscais nºs 31416, 31549 e 31660, por estarem em desacordo com o pedido, e sendo que no dia 20.03.92 o autuado, através da Nota Fiscal nº 20006 repôs a mercadorias adquiridas pelas Petronyl conforme o pedido;

Alega, ainda, que a ASTEC não se manifestou acerca das Notas Fiscais nºs 21174, 21209 e 35391, por não terem sido estas anexadas aos autos, apresentando-as nesta oportunidade, e que também a ASTEC deixou de fazer a diligência solicitada quando aos equívocos cometidos pelos autuantes no que tange ao levantamento das entradas ocorridas no período, pelo que reitera os argumentos apresentados na petição de fl. 257. Destaca que apesar da exigência fiscal quanto à omissão de entradas ter sido julgada improcedente pela Junta de Julgamento Fiscal, os equívocos cometidos na sua apuração afeta o resultado do estoque final e, conseqüentemente, gera parte das supostas omissões de saídas imputadas à empresa. Conclui requerendo nova diligência para apreciação destas alegações.

Novamente convertido o PAF em diligência pela Relatora – fl. 440 – a ASTEC confirma a alegação do recorrente quanto à Nota Fiscal nº 20296, excluindo-a do levantamento. Quanto à Nota Fiscal nº 20006, entende que não deve ser excluída do levantamento, tendo em vista que as operações anteriores de saída e devolução ocorreram no exercício de 1991, e o levantamento de estoque tomou

por base o exercício de 1992, não havendo, assim, duplicidade de levantamento neste exercício. Em relação as Notas Fiscais nºs 21174, 21209 e 35391, entende que devem fazer parte do levantamento tendo em vista que as duas primeiras reportam-se à mercadorias que saíram em operação de amostras e não retornaram e, em relação à última, a saída ocorreu em operação de venda. O débito final passa a ser de R\$361,49.

Cientificada do novo resultado revisional, o recorrente – fls. 449 a 455 – reitera os mesmos argumentos apresentados no Recurso Voluntário quanto aos procedimentos adotados pela fiscalização – não inclusão do fator de correção no levantamento dos fios de náilon, desconsideração das quantidades relativas à devolução dos produtos para reprocesso e posterior retorno aos estoques - e alega que tais fatos acarretaram uma distorção de 33,2 toneladas nas entradas de Lonas de Náilon e 47,5 toneladas de fios de naitlon. Requer que sejam analisados os argumentos relativamente à apuração das entradas.

À fl. 460 é juntado Memorial pelo patrono do recorrente, onde arrola os pontos que entende controversos, argumentando, quanto ao item 1, que não poderia ser exigida diferença de imposto na saída, mas apenas estorno do imposto supostamente creditado a maior, conforme determina o art. 99, inciso VI, do RICMS/89, ao tempo que reitera os argumentos já expendidos quanto ao mesmo. Em relação ao item 3, também reitera os argumentos de que é produto indispensável ao seu processo produtivo, e quanto ao item 5 consigna que as diligências realizadas não analisaram sua argumentação quanto aos levantamentos das entradas da produção.

A PROFAZ, à fl. 472, através de Parecer de nº 697/01, manifesta-se pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, consignando que a busca da verdade material foi concretizada no caso em tela, e que o Parecer da ASTEC deve ser acolhido, para alterar a condenação do recorrente na forma exposta no citado Parecer. Quanto aos demais itens objeto do Recurso, reitera os termos do Parecer de fl. 403.

Na sessão de julgamento, a 1ª CJF, novamente entendeu cabível a conversão do PAF em diligência à ASTEC – vide fl. 475 - para que esta se manifestasse quanto à alegação reiterada pelo recorrente de que a não inclusão do fator de correção consignado nos mapas de produção, e nos quais se baseou a ação fiscal ao efetuar o levantamento de estoque relativo aos produtos Fios de Naitlon – objeto do item 5 da autuação - embora tenha aplicado tal fator quanto ao produto Lona de Nylon, importou em distorção nas quantidades dos dois produtos referenciados, conforme demonstrativo que elaborou e acostou aos autos, às fls. 285, 299 e 300.

A ASTEC, às fls. 478 a 483, após cumprir o solicitado, concluiu que se a alegação da empresa fosse acolhida só agravaria a infração, já que, em se tratando de omissão de saídas de mercadorias, o aumento da quantidade das entradas implicaria de fato no agravamento da imputação.

Em manifestação quanto ao trabalho revisional, após ser cientificada do mesmo, o recorrente – fls. 496 a 500, observa que a diligência solicitada pela Relatora equivocou-se ao apenas determinar a revisão em relação à não inclusão do fator de correção na apuração dos estoques do produto Fio de Nylon, pois deixou de determinar a revisão relativamente à desconsideração pelo autuante das quantidades relativas à devolução dos produtos para reprocesso e sua respectiva reposição ao estoque. E este fato, portanto, determinou o resultado a que chegou a ASTEC, pois, acertadamente,

esta concluiu que a inclusão do fator de correção ao montante das entradas só aumentaria a diferença originariamente apurada. Neste sentido, requer a retificação da diligência para que seja também apreciada pela ASTEC não apenas os ajustes relativos ao fator de correção, mas também o retorno dos produtos para reprocesso e seu respectivo retorno ao estoque, conforme demonstrativos que elaborou às fls. 267 a 401 dos autos.

A PROFAZ – fls. 504 e 505 – acata o novo pedido de diligência da requerente e sugere a remessa do PAF à ASTEC para que se cumpra o solicitado pela empresa, em atendimento à busca da verdade material. Tal opinativo foi acatado pela 1ª CJF, tendo esta Relatora encaminhado o PAF à ASTEC para elaboração de Parecer final sobre as questões aventadas – vide fl. 513.

Em último Parecer às fls. 526 a 530, a ASTEC apresenta as seguintes conclusões, “in verbis”:

- a) Referente ao produto acabado Lona de Nailon, o levantamento da produção contemplou a **correção** e o **retorno**, mas não contemplou as **devoluções**. Considerando as devoluções deve ser diminuído em 21,3 ton., que tomando como base os ajustes das revisões anteriores resulta em omissão de saída de 64.874 ton., conforme evidenciado no Anexo I.
- b) Referente ao produto acabado Fio de Nailon, o levantamento da produção não contemplou a **correção**, o **retorno** e as **devoluções**. Considerando a adição da correção e retorno diminuído das devoluções, resulta num decréscimo de 3,8 ton., que tomando como base os ajustes das revisões anteriores resulta em omissão de saída de 0,241 ton., conforme evidenciado no Anexo 1.
- c) A **produção mensal** constante do demonstrativo elaborado pelos autuante (fl. 22) tomou como base quantidades iguais ao demonstrativo apresentado pela defesa (fl. 160). portanto, efetuamos os ajustes de acordo com a análise dos relatórios do **informe de produção**, conforme solicitado pela PROFAZ (fl. 505) de que as entradas no mês deveriam ser consideradas: produção – devoluções + correção + retorno. Entendo que o autuante e a empresa apresentaram quantidades idênticas respectivamente no demonstrativo suporte do Auto de Infração e na defesa apresentada, fato referendado pelos autuantes e os quatro revisores anteriores. Caso entenda da mesma forma, prevalece a omissão de saídas de 85,373 ton. de Lona de Nailon e 4,041 ton. de Fio de Nailon acusada pelo Parecer da última revisão (fl. 443).

Cientificados o autuante e o recorrente, não se manifestam – vide fls. 543 e 544.

Em último Parecer – fls. 547 e 548 - a PROFAZ conclui, “in verbis”: Desta forma, efetuados os ajustes com análise dos informes de produção, que qualifica as entradas como: PRODUÇÃO - DEVOLUÇÕES + CORREÇÃO = RETORNO, acatamos o entendimento da ASTEC, que trata de matéria eminentemente técnica, cuja omissão de saída monta o valor histórico de R\$276,01 (demonstrativo ASTEC, fl. 531).”

Em petição atravessada aos autos – fl. 516 - o patrono da requerente informa ter aderido à anistia instituída pela Lei nº 8359/02 e quitado o débito remanescente dos itens II e III do Auto de Infração, bem como parte do item V, na parcela que entende devida, no valor histórico de R\$276,0100. Posteriormente, às fls. 536 a 540 anexa DAES de recolhimento e demonstrativo analítico de valores reconhecidos. Ainda em petição de fl. 508, o patrono da empresa já havia informado a quitação do

parcelamento requerido em relação aos valores pertinentes aos produtos GÁS FREON e KURIZET, ambos dos itens II e III da autuação.

VOTO

Inicialmente, quanto ao Recurso Voluntário, deve ser ressaltado que este apenas se reportará aos itens 1 e 5, já que a parte que remanesceu dos itens 2 e 3, após o julgamento de Primeira Instância, e que se refere aos produtos Gás Freon e Kurizete, contestados inicialmente na petição recursal, foi reconhecida posteriormente pelo recorrente, inclusive com quitação dos valores a tais produtos correlatos, como se vê às fls. 516 a e 517 dos autos. Assim, estes itens apenas serão analisados em sede de Recurso de Ofício, no que pertine aos demais produtos objeto de exigência de diferença de alíquota e glosa de crédito.

No que pertine ao item 6, este foi afastado pela JJF, que aplicando as regras da Portaria nº 445/98, absorveu a multa de 5% pela omissão de entrada na omissão de saídas detectada no item 5. Muito embora o recorrente tenha expressamente açambarcado este item no Recurso Voluntário apresentado, posteriormente, em petição atravessada aos autos às fls. 257 a 266, informou ter efetuado o recolhimento deste item e pediu sua homologação, embora não haja nos autos prova deste pagamento. De qualquer sorte, apenas em sede de Recurso de Ofício é que apreciaremos esta imputação.

Quanto ao item 1, entendemos que razão assiste ao recorrente ao alegar que descabe a exigência fiscal na forma lançada no presente lançamento de ofício, visto que de fato o RICMS/89, no seu art. 99, é expresso ao determinar que na hipótese do contribuinte efetuar saída de mercadoria adquirida para comercialização ou industrialização com base de cálculo inferior à operação de entrada, deverá efetuar o estorno do crédito fiscal. Assim, descabe a exigência fiscal como recolhimento de diferença de ICMS, como está sendo exigido no presente Auto de Infração, devendo ser modificada a Decisão Recorrida, para afastar a imputação, decretando-se a nulidade deste item.

No que pertine ao item 5, as inúmeras diligências realizadas, inclusive as três últimas em sede de Recurso Voluntário - sanaram as incorreções e equívocos cometidos pelos autuantes, acatando, inclusive, a quase totalidade das alegações da empresa.

Muito embora o último Parecer da ASTEC tenha concluído no sentido de que seria Decisão de mérito dos Julgadores o acatamento dos ajustes referentes às devoluções, correções e retornos alegados pelo recorrente, diante do fato de que o autuante e a empresa inicialmente teriam apresentado quantidades idênticas no demonstrativo suporte do Auto de Infração e na defesa, “*data venia*” entendemos que não tendo sido levantada nos autos qualquer suspeita de fraude sobre os documentos apresentados como prova da desconsideração destes ajustes, não cabe ao Julgador presumir que esta tenha ocorrido. Aliás, fraude não se presume, deve ser provada, e o ônus da prova recai sobre quem a alega. Neste sentido, considero os documentos trazidos pela empresa como hábeis e idôneos para comprovar que de fato o levantamento quantitativo inicialmente procedido pelo autuante não se revestia da liquidez necessária a embasar a exigência fiscal no “*quantum*” originariamente apurado, liquidez esta agora presente após as revisões levadas a efeito, sanando-se as incorreções e omissões existentes.

Ressalto, ainda, como reforço à nossa argumentação, que em nenhum momento nos autos houve por parte do autuante manifestação no sentido de suscitar a inidoneidade dos informes de produção apresentados pela empresa posteriormente, ou contestar a efetiva existência do procedimento de reprocessamento dos produtos referenciados, além do que as diligências anteriores realizadas demonstraram a existência de diversas inconsistências no trabalho fiscal, vinculadas a fatos incontestáveis como desconconsideração de notas fiscais de vendas, notas fiscais de devoluções e remessas para industrialização, o que evidencia que mesmo com base nos informe de produção inicialmente apresentado pela empresa os equívocos no levantamento estiveram presentes.

Em conclusão, entendemos devam ser acatadas as alegações da empresa, objeto da última diligência da ASTEC, reduzindo-se o débito inicialmente apurado para o valor de R\$276,01, na forma descrita no Anexo I ao Parecer da ASTEC – fl. 531 - dando-se Provimento Parcial ao Recurso quanto a este item.

Quanto ao Recurso de Ofício, cabe-nos apreciar os itens 1, 2, 3 (este dois últimos em relação aos produtos sobre os quais a JJF exarou decisão no sentido de entender indevidas as exigências fiscais), todos julgados procedentes em parte, e o item 6, julgado improcedente. Em relação ao item 1, já nos manifestamos em sede de Recurso Voluntário no sentido de julgá-lo totalmente insubsistente por nulidade.

Quanto aos itens 2 e 3, somos pela reforma da Decisão Recorrida, posto que, a nosso ver, dissociou-se a mesma dos autos e da legislação posta. Os produtos constantes das referidas exigências fiscais – nitrato de sódio, ácido nítrico e salitre do Chile – utilizados na limpeza dos equipamentos; viajante de nylon e guia de fio – utilizados com a função de evitar o emaranhamento dos fios produzidos; o Kurizet, utilizado no tratamento da água de resfriamentos dos equipamentos e também bactericida, anti incrustante e anti corrosivo – são produtos que por sua afetação ora descrita devem ser considerados como materiais de uso e consumo, e não insumos ou produtos intermediários, como entendeu a Junta de Julgamento Fiscal, equivocadamente. Como bem frisado pelos autuantes e pela revisão do DICO, à luz do Parecer Normativo nº 001/81, da Procuradoria Fiscal, tais materiais não se caracterizam como insumos ou produtos intermediários, pois não são afetados ou consumidos diretamente no processo produtivo do recorrente. A utilização pelo Relator de Primeira Instância de Parecer Normativo emanado da Receita Federal para fundamentar a Decisão Recorrida não pode ser aceita, posto que refere-se o mesmo à legislação do IPI, e não do ICMS. Pela legislação do ICMS tais produtos não geram crédito fiscal, daí porque afirmamos que o Julgado divorciou-se da legislação deste tributo, merecendo ser alterada para restabelecer “in totum” as exigências fiscais.

Ressalte-se, ainda, que em relação ao produto Kurizete, o próprio recorrente reconheceu o débito e recolheu o valor exigido – vide fl. 508.

No que toca ao item 6, o afastamento da referida exigência – omissão de entradas – deu-se pela adequação da mesma aos termos do art. 13 da Portaria nº 445/98, prevalecendo apenas a omissão de saídas exigida no item 5. As revisões efetuadas no item 5 da autuação após o Julgado de Primeira Instância não modificaram em tal monta a expressão monetária da omissão de saída que pudesse importar em modificação do afastamento do item 6 com base no citado art. 13 da Portaria nº 445/98, daí porque somos pela manutenção da Decisão Recorrida.

Em conclusão, votamos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para julgar Nulo o item 1, e Procedente em Parte o item 5, no valor apurado pela última revisão da ASTEC, e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, restabelecendo-se as exigências fiscais dos itens 2 e 3, “*in totum*”, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** as infrações 1, 2 e 3 do Recurso de Ofício, e por unanimidade **PROVER PARCIALMENTE** as infrações 1 e 5 do Recurso Voluntário apresentados para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281076.0002/97-4**, lavrado contra **COBAFI - COMPANHIA BAHIANA DE FIBRAS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$331,80**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$55,79, e 70% sobre R\$276,01, previstas no art. 61, III, “b”; VIII, “a” e IV, “a”, da Lei nº 4.825/89, e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Sandra Urânia Silva Andrade, José Raimundo Ferreira dos Santos, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Helcônio de Souza Almeida.

VOTOS VENCIDOS - Conselheiros (as) José Carlos Boulhosa Baqueiro.

Sala das Sessões do CONSEF, em 19 de Maio de 2003.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

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