

**A. I. Nº** - 207351.0010/99-3  
**AUTUADO** - JOANES INDUSTRIAL S/A PRODUTOS QUIMICOS E VEGETAIS  
**AUTUANTES** - JUAREZ ALVES DE NOVAES e FRANCISCO DE ASSIS RIZERIO  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 28/05/2003

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0180-03/03**

**EMENTA: ICMS. 1. EXPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. FALTA DE INCLUSÃO DO VALOR DOS TRIBUTOS, CONTRIBUIÇÕES E DEMAIS DESPESAS COBRADAS OU DEBITADAS AO ADQUIRENTE. APLICAÇÃO INCORRETA DA TAXA DE CAMBIAL. Apresentadas notas fiscais complementares com respectivos pagamentos do imposto, o que reduz o valor do débito. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Infração parcialmente comprovada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 5% E DE 10% SOBRE O VALOR COMERCIAL DAS ENTRADAS NÃO ESCRITURADAS. Infração comprovada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE DIFERIMENTO DESACOMPANHADAS DO DAE OU CERTIFICADO DE CRÉDITO FISCAL Infração comprovada. b) IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. O documento juntado pela defesa (cópia não autenticada de Certificado de Crédito) não comprova a regularidade do crédito fiscal utilizado. c) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração comprovada. d) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. Infração elidida. e) AQUISIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. Infração parcialmente comprovada. f) ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA DO IMPOSTO. DOCUMENTOS FISCAIS ESCRITURADOS EXTEMPORANEAMENTE. O crédito fiscal deve ser escriturado pelo seu valor nominal. Infração comprovada. g) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Diligente efetua ajustes no levantamento e reduz o valor da exigência, considerando que combustível é insumo, pois participa diretamente do processo produtivo. h) IMPOSTO NÃO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS DE AQUISIÇÃO. 5. IMPORTAÇÃO. “DRAWBACK”. NÃO ATENDIMENTO DAS CONDIÇÕES PARA FRUIÇÃO DO BENEFÍCIO. O autuado comprova que exportou as quantidades de torta de cacau, pó de cacau e de manteiga de cacau comprometidas nos Atos Concessórios. Ressalto que o erro formal cometido no julgamento anterior, que fora realizado sem que o**

contribuinte tivesse sido cientificado do resultado da diligência de fls. 688 a 692, foi saneado, e o Auto de Infração encontra-se apto a ser julgado, conforme disposição do art. 18, § 1º do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/05/1999, exige ICMS no valor de R\$ 617.396,13, e multa de R\$12.601,04, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor o ICMS devido pelas exportações de mercadorias tributadas em razão de erro na determinação da base de cálculo, seja pela falta de inclusão do valor dos tributos, das contribuições e das demais despesas cobradas ou debitadas ao adquirente e realizadas até o embarque, inclusive pela utilização incorreta da taxa cambial, ICMS no valor de R\$ 10.664,18;
2. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Erro de apuração do imposto no confronto entre os débitos e créditos lançados no RAICMS, no valor de R\$ 5.270,20;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas sujeitas ao regime de diferimento e desacompanhadas de comprovante do recolhimento do imposto, no valor de R\$ 94.498,88;
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no valor de R\$ 12.601,04;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal, no valor de R\$ 2.550,00;
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, em R\$ 49,35;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Refere-se a importações de mercadorias sem apresentação dos documentos devidos e dos comprovantes de pagamento do ICMS, no valor de R\$ 100.589,75;
8. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica na industrialização de mercadorias em valor superior ao efetivamente consumido. Aproveitamento do crédito relativo ao consumo de energia pela administração e por áreas não ligadas à produção da fábrica, ICMS no valor de R\$ 24.580,82;
9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a atualização monetária do imposto destacado em documentos fiscais escriturados extemporaneamente, no valor de R\$ 268.564,69;
10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Refere-se à parcela do crédito fiscal lançado extemporaneamente, no valor de R\$ 9.204,33;
11. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Refere-se à parcela do crédito fiscal lançado extemporaneamente, no valor de R\$ 30.009,81;

12. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal. Refere-se à parcela do crédito fiscal lançado extemporaneamente, em R\$3.319,08;
13. Deixou de recolher o ICMS devido na importação de mercadorias com isenção de impostos sob o regime de drawback na modalidade suspensão. Tal benefício implica que os insumos importados sejam integralmente aplicados na fabricação dos produtos a serem exportados. Pela análise dos documentos apresentados pela empresa, foi constatado que o índice real de produção foi inferior ao índice técnico historicamente apresentado pela empresa, resultando em uma importação de insumos em quantidade superior à necessária para fabricar os produtos exportados ao amparo dos atos concessórios, no valor de R\$ 68.095,04.

O autuado inconformado com a exigência fiscal, tempestivamente, através de advogado, apresenta defesa ao Auto de Infração, fls. 421 a 452, como segue:

1. Que a infração 01, aponta que houve recolhimento a menor de ICMS sobre receitas de exportações, muito embora não especifique quais os *plus* que deveriam agregar à base de cálculo do tributo, pelo que o contribuinte não está obrigado a adivinhá-los, segundo a regra contida no art. 129 do Código Tributário Estadual. Aduz que sendo assim, sobrevive neste tópico para efeito de impugnação, apenas a pretensa diferença da utilização de taxa cambial incorreta. Reclama que os autuantes apenas circularam no demonstrativo, o valor de cada operação, a taxa cambial, o imposto pago, o imposto devido e a diferença pró-fisco, entretanto não definiram de onde decorre a diferença apontada, apenas fazendo alusão a erro na aplicação da taxa cambial. Diz que, deveriam demonstrar de forma inequívoca, que o autuado utilizou taxa cambial inferior a cotação oficial da data do embarque, mas não o fizeram, nem demonstraram a fonte oficial das cotações ali apontadas. Deste modo, resulta pela via oblíqua, o impedimento formal do autuado de centralizar seus argumentos de defesa, e este item se encontra maculado de nulidade por cerceio de defesa. Argumenta que a matéria em comento era disciplinada na época, pelo art. 57 do RICMS/96, e que as diferenças apontadas foram supridas pelas competentes notas fiscais de complementação, a exemplo das notas fiscais de nºs 1884, 1885 e 1866. Requer revisão fiscal, devido ao volumoso número de notas fiscais.
2. Na infração 2, diz que o montante de CR\$ 12.675.519,82 tem como escopo equívoco de escrituração na coluna “Outros Créditos” na folha 47 V, do RAICMS. Isto porque, tendo o autuado no decêndio do mês de junho de 1994, apurado um crédito no valor de CR\$6.337.589,92 relativo a destaque de ICMS em complementações de taxa cambial, equivocadamente o consignou na coluna “estorno de Crédito do citado documentário fiscal, quando o correto seria proceder tal lançamento no campo de “Estorno de Débitos”. Lembra, que a apuração do período era decendial e conclui que a infração ora impugnada consiste simplesmente em tributar a quantia de CR\$6.337.589,92, inexistente em dobro, sob o prisma de que a mesma pauta-se de diferença de valor não recolhido e respectivo crédito igualmente indevido na equivocada ótica dos autuantes. Quanto ao valor de R\$660,92, diz que inexiste o alegado erro no confronto entre débitos e créditos, posto que este valor refere-se a crédito de ICMS referente a operação de frete pago a terceiros, consoante se infere da planilha auxiliar (anexo 2b1).
3. Na infração 3, afirma que a acusação improcede, pois trata-se de produtos adquiridos de outra pessoa jurídica, a Chadler Industrial da Bahia S/A, a qual emitiu competente nota fiscal com o respectivo destaque do imposto. Assim, que do contrário ao entendimento esposado no auto de infração, o art. 117 do RICMS/89 prevê expressamente que o pagamento de impostos dos contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração, far-se-á nos prazos regulamentares.

Sendo a empresa remetente sediada em Ilhéus e enquadrada nesta capitulação legal, tendo vendido mercadoria com o respectivo destaque do ICMS na nota fiscal, recolheu o tributo nos moldes em que estava obrigada, não existindo nenhum óbice legal, vedando o respectivo crédito. À guisa de tornar bem claro o assunto, junta notas fiscais, registro de saída, registro de apuração do ICMS, e os DAEs que vincularam os competentes pagamentos do imposto a que se creditou o autuado.

4. Nega o cometimento da infração 4, pois devido a erro de processamento das informações a serem impressas no REM, não foram escrituradas as notas fiscais ali aludidas, muito embora o imposto relativo às mesmas terem sido recolhidos, prendendo-se a infração apenas a multa regulamentar. Ressalva que, a multa imposta alcançou o patamar de 10%, quando seu teto está fixado em 5%, devendo ser reduzida, para adequar-se à norma legal. Requer seja aplicado os benefícios do art. 59 do PAF, combinado com o § 4º do art. 401 do RICMS/89, cancelando-se a pena em comento.
5. Quanto à infração 5, diz que o crédito em exame, refere-se a nota fiscal nº 001242 de emissão do estabelecimento filial do autuado, sito em Itabuna, no valor de R\$ 15.000,00, gerando crédito de R\$ 2.550,00, e que este valor está amparado no Certificado de Crédito do ICMS nº 406003-2 emitido pela Infaz de Itabuna, em 26/12/95.
6. Quanto à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS (infração 06), em valor superior ao destacado no documento fiscal, diz que a operação envolveu uma Nota Fiscal de Remessa para reserva de Embarque nº 868 (anexo 6ª), de 28/08/96, no valor de R\$ 2.013,25 gerando ICMS de R\$ 342,25. Que o produto retornou a sua origem através da nota fiscal nº 869 (anexo 6b), emitida em 28/08/96, no mesmo valor e gerando ICMS de R\$ 342,25. Entretanto, que na confecção da referida nota de retorno constou por equívoco a base de cálculo inferior (R\$ 1.722,94), e por decorrência o ICMS de R\$ 292,90, ocasionou a pretensa diferença. Mas que o RICMS/96, no art. 93, § 5º, determina que na hipótese de incorreção do valor do imposto destacado, sobreviverá aquele corretamente calculado, devendo sob a lógica do raciocínio legal ser cancelada a presente infração.
7. Em relação à infração 7, esclarece que remeteu para o Porto de Ilhéus através da Nota Fiscal nº 1206, de 06/09/96, produtos destinados a exportação com valor de ICMS de R\$ 49.867,65, mas que não concretizada a operação, estes retornaram à sua origem através da nota fiscal de entrada nº 1363 datada de 19/09/96. Deste modo, inexistiu a pretensa “importação”, e o montante apontado na referida acusação. Com relação ao valor de R\$ 50.722,10, apontado no auto, realmente tratou-se de importação, cuja entrada desembarcou-se através da NF 4077, de 24/02/97 e o competente imposto foi pago no montante de R\$ 50.722,10, inexistindo assim a presente infração.
8. Quanto à infração 08, informa que até janeiro de 1997 a administração da empresa funcionava no seu estabelecimento matriz, localizado na Av. Miguel Calmon, 555, Comércio, Salvador, onde centralizava suas atividades e agrupava todos os setores administrativos, resumindo-se a sua unidade fabril sita em Ilhéus a gerir a atividade totalmente produtiva. Impugna a comparação com empresa congênere, pois parâmetro de tal jaez, jamais poderá ser utilizado para os fins pretendidos na acusação fiscal. Argumenta que a partir da Constituição Federal de 1988, o direito a crédito do ICMS é amplo, só admitindo-se as restrições taxativamente arroladas nas letras “a” e “b” do inciso II do § 2º do art. 155 da CF/88, e que o Conselho de Contribuintes do Estado do Paraná, deu interpretação definitiva sobre o tema, editando Súmula em que não pode o decreto regulamentador do ICMS prever norma restritiva não prevista na própria lei maior. Pede diligência, acaso necessária.
9. Quanto aos itens 9 a 12, apresenta planilhas que entende serem elucidativas, eis que fornecem dados precisos sobre todas as operações contábeis, que deram origem aos referidos créditos,

bem como mencionam os índices que foram adotados para fins de atualização monetária dos créditos, assim como as cópias de algumas notas fiscais, às quais junta à presente (anexo 8/12b), a fim de demonstrar, de forma exemplificativa, que as mercadorias têm origem em operações mercantis. Ressalta que os créditos oriundos da aquisição de mercadorias, bem como dos serviços tomados, foram materializados através da emissão de documento fiscal idôneo, lançados no livro fiscal, conforme art. 92 do RICMS. Diz que o auditor erroneamente entendeu que as mercadorias glosadas na peça fiscal não poderiam ser objeto de creditamento, pois se destinariam a uso e consumo do autuado. Afirma que são insumos, tais como óleo, gasolina, diesel, telex, luz e telefone, utilizados durante o desempenho de suas atividades operacionais, razão pela qual o crédito em questão deve ser mantido. Cita a posição da doutrina favorável ao creditamento, em obediência ao princípio da não cumulatividade. Informa que o Egrégio STF, posicionou-se no sentido de afirmar o direito ao crédito pela entrada de mercadorias que ainda que não integrem o produto final e que concorrem direta e necessariamente para este, porque utilizados no processo de fabricação. Ressalva que somente nas hipóteses de isenção e de não incidência é que a Constituição Federal exclui o crédito do imposto, e que a cláusula da não cumulatividade não pode ser restringida, modificada, alterada ou suprimida por lei infraconstitucional.

10. Quanto à aplicação de correção monetária nos créditos adjudicados extemporaneamente, diz que tal procedimento foi devido ao período inflacionário. Cita que, este é o entendimento uníssono da jurisprudência do STJ sobre a matéria. A alegação de que não há lei que autorize a correção monetária, não encontra respaldo no CTN, que no inciso I do art 108, prevê a possibilidade da integração analógica que combinada com a equidade prevista no inciso IV do mesmo artigo, suprem exaustivamente, a omissão da lei ordinária quanto à possibilidade da correção dos créditos fiscais de ICMS. Afirma que, o princípio da isonomia deve ser respeitado no tocante à vedação do enriquecimento sem causa do Estado, não constituindo um *plus*, mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação.
11. Reclama do percentual de multa de 60% sobre o valor do crédito tido como indevido, por ferir o princípio do não confisco, expresso na Constituição Federal de 1988.
12. Requer a realização de perícia contábil nos cálculos desenvolvidos no Auto de Infração e prova pericial através de cotejo, entre a relação pormenorizada de todas as operações efetuadas, contidas na sua documentação fiscal, para comprovar a legitimidade dos créditos fiscais. Elabora oito quesitos (fl. 449) e protesta pela apresentação de quesitos complementares, caso necessário.
13. Quanto à infração 13, argúi que em nenhum momento, em que pese o zelo dos senhores fiscais, foram apresentados os pretensos índices para serem objeto de análise e confronto, ficando neste particular cerceado o seu direito de defesa. Em segundo lugar, porque os índices de aproveitamento dos produtos importados se encontram fixados expressamente nos Atos Concessórios, em plena harmonia com o art. 117 do Decreto 91.030/85, como assim se descrevem:

1. Ato Concessório nº 6-94/0083-0 (anexo 13<sup>a</sup>):

21 toneladas de Carbonato de potássio

Quantidade para exportação do produto – 630 toneladas de torta de cacau.

2. Ato Concessório nº 6-95/150-2 (anexo 13b):

900 toneladas de liquor

Quantidade prevista para exportação de produtos

a) 424.72 toneladas de manteiga de cacau

b) 380.224 toneladas de torta de cacau

c) 95.056 toneladas de pó de cacau

3. Ato Concessório nº 6-95/071-9 (anexo 13 c):

126 toneladas de Carbonato de Potássio

Quantidade prevista para exportação de produtos – 3.276 toneladas de torta de cacau.

Afirma que estas quantidades foram regamente exportadas, como se encontra reconhecido no demonstrativo colacionado no Auto de Infração, e espelham os índices de aproveitamento tecnicamente calculado pela empresa, oficializados perante a CACEX na forma dos respectivos atos concessórios. Impugna os pretensos índices apresentados no demonstrativo do Auto, por não guardarem nenhuma relação com os definidos ao amparo dos Atos Concessórios e sem lastreamento de qualquer base técnica.

Requer a revisão do auto, por fiscal estranho ao feito, com amparo no art. 123 do COTEB, em razão da documentação, produzida pelo autuado, representar genuína formação de provas em oposição à acusação fiscal.

O autuante presta informação fiscal, fls. 656 a 662, e tece os seguintes esclarecimentos:

1. Na infração 1, que o autuado não desconhece que a taxa de câmbio utilizada para apuração da base de cálculo é aquela praticada e divulgada pelo Banco Central do Brasil, que inclusive cita em sua defesa o art. 57, parágrafo 2º, do RICMS/96.
2. Na infração 2, o autuado alega que a diferença de ICMS apurada no confronto entre débitos e créditos, no valor de R\$ 660,96 não é devida, pois refere-se a créditos de ICMS referente a operação de frete pago a terceiros. Contudo, mantém a ação fiscal e salienta que os argumentos apresentados pela defesa, só dizem respeito como o lançamento deveria ser efetuado contabilmente, mas não comprovam materialmente que aquele valor lançado era de fato “a crédito” e não “a débito” do ICMS.
3. Na infração 3, que as regras do diferimento são claras. Se as operações relativas ao produto comercializado entre as duas empresas (cacau em amêndoas) são beneficiadas com o diferimento e ambas tinham habilitação para tal, o motivo pelo qual a Chadler S/A destacou o ICMS nestas operações, com o autuado, para esta creditar-se pode ter sido, entre outras hipóteses, uma “transferência” irregular de créditos fiscais. Salienta que quando houver destaque do ICMS com produtos sob o regime de diferimento, o pagamento do mesmo deve ocorrer antes da saída das mercadorias, e o DAE ou Certificado de Crédito deve acompanhar a nota fiscal.
4. Informa que a lei foi alterada aumentando de 5% para 10% a penalidade nos casos da infração 4.
5. O autuado reclama o direito ao crédito na infração 5, contudo além de não haver destaque do ICMS na referida nota fiscal, esta não traz referência ao aludido certificado de crédito. Conforme dispõe o RICMS/89, art. 94, § 2º, quando o imposto não vier destacado na nota fiscal ou seu destaque vier a menor, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado fica condicionado à regularização, mediante emissão de nota fiscal complementar, pelo remetente, o que não ocorreu.
6. Mantém a infração 6.
7. Reconhece que descabe a infração 7, pois o autuado, na defesa, apresentou documentos fiscais comprobatórios do direito ao referido crédito.

8. Face a não apresentação do demonstrativo dos créditos de energia elétrica, utilizados na produção e na administração da fábrica, evidenciando o critério de rateio, procurou uma empresa semelhante, que desempenha a mesma atividade do autuado, localizada próxima à mesma, e adotou os índices de consumo de energia elétrica utilizado pela produção e pela administração.
9. Mantém a infração 09, pois lastreada no Regulamento vigente.
10. Salaria que a defesa silenciou a respeito da infração 10.
11. Que o direito ao crédito de serviços de telecomunicações só veio a ser reconhecido a partir da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 01/11/96, e que o crédito sobre materiais de uso e consumo é vedado. Lembram que a distinção entre material de consumo e insumos foi bem tratada nos Informativos Técnicos Tributários nº 21 e 22.
12. Que a defesa não se manifestou sobre a infração 12.
13. Salaria que como pode ser observado na “descrição do processo”, o rendimento da torta a partir do processamento do liquor é da ordem de 54%, Isto é, a cada 1000 Kgs de liquor processados são produzidos 540 Kgs de torta, os restantes 460 Kgs é de manteiga, outro produto derivado (não há perda no processo). Desta forma para uma importação de 900,000t de liquor a autuada teria que exportar 486,000t de torta (0,54 x 900,000t de liquor) e 414,000 t de manteiga. Fica claro que o autuado ao exportar 380,224t de torta quando deveria ter exportado 486,000t, nada mais fez do que internalizar ou nacionalizar 105,776t de torta, que equivalem a 195,881t de liquor importado com o benefício da suspensão, caracterizando a irregularidade.

O autuado, cientificado da informação fiscal, manifesta-se no PAF às fls.678 a 681, e inicialmente reitera todos os argumentos espostos na defesa. Afirma, que inexplicavelmente os autuantes mantêm a acusação fiscal, já que a defesa mostra que as pretensas diferenças apontadas no Auto foram supridas por Notas Fiscais suplementares. Cita a Resolução nº 1225/99, exarada pela 3ª Câmara do CONSEF, que trata da mesma matéria, como favorável aos seus argumentos. Reconhece que a única infração que pode prosperar, decorre de erro de processamento das notas fiscais aludidas e que não foram escrituradas, mas o imposto relativo às mesmas foi regamente pago, pelo que suplicou ao CONSEF a aplicação do art. 401, § 4º, do RICMS/89, combinado com o art. 159 do RPAF. Quanto à infração 13, que esta baseou-se em mera presunção despida do mais tênue liame convincente. Impugna os documentos anexados à manifestação em comento, por se referirem a outra empresa e não se prestarem como qualquer prova para a pretensa alegação. Sublinha que a sua unidade fabril remonta aos anos de 1946 enquanto que a empresa citada para o abusivo parâmetro, não tem mais de 20 anos de instalação e seus equipamentos são muito mais modernos, portanto sua produção é superior à do autuado. Reitera o pedido de revisão fiscal e a improcedência do Auto de Infração.

O então relator remeteu o presente PAF, para diligência à IFESP, visando esclarecer os itens 1 e 11 do Auto de Infração. Pede que à vista da documentação do autuado, verifique se há ou não mais “notas fiscais complementares”, capazes de reduzir o débito da infração. No tocante à infração 11, que se verifique se lubrificantes e combustíveis, objeto da autuação foram utilizados (e em que montante) pela empresa como matéria prima/insumos, tendo em vista o seu processo industrial. Também se o crédito relativo a “comunicação”, exposto no demonstrativo de fl.141, deve ser enquadrado ao disposto no art. 93, II, c/c § 9º, I, do RICMS/96. Feito o solicitado, deve o auto ser encaminhado à Infaz Ilhéus, para esclarecer fato vinculado à infração 13, considerando que os autos não deixam claro a metodologia utilizada para se calcular os índices adotados pelo autuante, e pede que eles expliquem e demonstrem como apuraram os índices reais.

A Inspeção Especializada, em atendimento ao pedido na diligência, conclui com relação ao item 1, que a empresa apresentou notas fiscais complementares, não consideradas pelos autuantes referentes às exportações efetuadas nos meses de fev/95, abr/95, jul/95 e nov/95, das quais anexa cópias e refaz o demonstrativo de débito, totalizando R\$ 4.669,18.

Quanto ao item 11, entende que “óleo combustível” é insumo dentro do processo produtivo da empresa e os “lubrificantes” como materiais de uso e consumo, são usados em seus equipamentos para lubrificação, portanto sem direito a crédito. Ressalta que a empresa apresentou alguns comprovantes referentes as contas de telefone de julho/96, pagas em 10/08/96, que dão direito a crédito no valor de R\$ 289,23. Após os ajustes, encontrou novo débito no valor de R\$ 29.720,58. Salienta, que quando da verificação do item 11, a empresa apresentou as notas fiscais de óleo combustível, oportunidade em que solicitou que conferisse e relacionasse as notas fiscais não apresentadas referente ao item 10 do Auto, pois não consta nos autos a listagem das referidas notas. Após a conferência, relacionou as que não foram apresentadas e apurou novo valor deste item no total de R\$ 5.713,97, conforme relação e demonstrativo que anexa.

Os autuantes, cientificados do resultado da diligência, manifestam-se nos autos, da seguinte forma (fls.731 a 740):

1. Quanto à infração 1, diz que não entendem qual a razão da argumentação do autuado, haja vista que as taxas cambiais são informadas diariamente pelo Banco Central do Brasil, e encontram-se às fls. 203 a 205 do PAF.
2. Acolhem as razões defensivas da infração 2, e apontam que o valor correto a ser recolhido na data de ocorrência de 30/06/94 é de CR\$ 6.337.589,93 ao invés de CR\$ 12.675.519,82. Com relação à parcela de R\$660,92, dizem que o autuado não apresenta documentos que possam elidir este valor.
3. Na infração 3, concordam que equivocaram-se pois o parágrafo 4º do art. 11, do RICMS/89, refere-se a mercadorias oriundas de outro Estado, mas este erro não é motivo para a decretação de nulidade do Auto de Infração. Quanto à argumentação do contribuinte de que pagou o ICMS, os DAEs de fl.468, são relativos a diferença de alíquotas e ICMS de regime normal de apuração, não tendo vínculo com o lançamento deste item.
4. No item 4, dizem que a autuação decorreu da ocorrência de 31/08/94, de R\$ 192.419,97 e que o valor apresentado pelo autuado em suas alegações não possuem nenhuma relação com a infração.
5. Acatam as razões da defesa, com relação à exigência do item 5, no montante de R\$ 2.550,00.
6. Também reconhecem as razões da defesa com relação à infração 7.
7. Mantêm o entendimento sobre a infração 8, embasado nos demonstrativos de fls.111 a 137.
8. Quanto à infração 13, informam que entendem por “índice técnico historicamente apresentado pela empresa” como a quantidade de Carbonato de Potássio empregado pela empresa no processamento da manteiga e da torta de cacau, apurado através do histórico de produção do próprio autuado, bem como de empresas do mesmo porte que produzem o mesmo produto, utilizando a mesma matéria prima e tecnologia. Apresentam às fls. 741 a 744 o fluxo do processo de industrialização e os coeficientes de transformação dos produtos. Ressaltam que os índices de aproveitamento dos produtos importados, fixados nos Atos Concessórios, é apenas uma declaração do importador, e são passíveis de verificação.



O autuado manifesta-se no PAF, fls. 748 a 753, tecendo as seguintes considerações sobre os argumentos dos autuantes:

1. Preliminarmente ratifica em todos os termos da defesa e o pedido de revisão do auto por fiscal estranho ao feito.
2. Quanto ao item 1, que colocou à disposição dos autuantes toda a documentação pertinente à acusação, e que restou evidenciado que só a revisão fiscal pode deixar patenteado a verdade dos fatos.
3. Na infração 2, apesar dos autuantes considerarem as razões da defesa e diminuírem o valor do débito para CR\$ 6.337.599,92, não acata esta quantia, pois “este valor foi equivocadamente escriturado na coluna “Estorno de Crédito”, quando deveria ter sido escriturado no campo “Estorno de Débitos”, no decêndio 21 a 30 de junho/94. Quanto ao valor de R\$ 660,92 argumenta que resulta de crédito do ICMS referente a operações de fretes pago a terceiros.
4. Com relação à infração 8, insurge-se contra o percentual de 7,41% estipulado como sendo utilizado na administração da empresa, mesmo porque “tinha sua matriz em Salvador e a fábrica em Ilhéus, praticamente se compunha de unidade totalmente produtiva”. Argumenta ainda, que este percentual não se adequa à realidade dos fatos, mesmo porque houve comparação com o consumo de empresa congênera.
5. Por último, contesta a infração 13, pois os autuantes para darem cunho à acusação de que na operação de drawback, o índice de aproveitamento foi inferior aos resultados técnicos historicamente apresentados pela autuada, em nenhum momento demonstram ou provam que índices técnicos foram estes, valendo-se de uma abstração para fundamentar o lançamento.

Diante da irresignação do autuado, que alega que os índices de aproveitamento dos produtos importados se encontram fixados expressamente nos Atos Concessórios, que as quantidades foram regamente exportadas, e que os índices adotados pelos autuantes não guardam correlação com os definidos nos Atos Concessórios e não possuem lastreamento técnico, esta 3ª JF deliberou que o PAF fosse convertido em diligência à ASTEC para que diligente manifeste-se sobre as infrações 2, 8 e 13, esta quanto aos índices de aproveitamento, adotados pelos autuantes, do que resultou a infração.

Diligente da ASTEC emite o Parecer 133/2002, fls.764 a 767 e após exame dos livros e documentos fiscais e contábeis responde às arguições solicitadas:

Infração 2 – Verificando os lançamentos do RAICMS, no mês de junho de 1994, cópias às fls. 291 a 295, constatou que o valor de CR\$ 6.337.589,92, decêndio de 21 a 30/06/94, foi lançado incorretamente no campo “estorno de crédito” quando deveria estar no campo “estorno de débito”, isto porque este valor referia-se a anulação do débito lançado no decêndio anterior no campo “outros débitos”, vide fl. 292. Conclui que há direito ao estorno de débito anteriormente lançado no campo “outros débitos”. Quanto ao valor de R\$ 660,92 não foram apresentados documentos que comprovassem a argumentação do autuado.

Infração 8 – O autuado apresentou laudo técnico, emitido pela GILCO ENGENHARIA E MONTAGENS LTDA, fls.797 a 800, onde atesta que o percentual de consumo de energia utilizado no processo administrativo e de apoio é de 1,89%, portanto a unidade fabril consome 98,11% da energia e não 100% como pleiteado. Assim sendo, o percentual de 1,89% sobre o total do crédito utilizado pelo contribuinte, o crédito indevido relativo ao consumo de energia elétrica é de R\$6.269,60 conforme demonstrativo de fl.768.

Infração 13 – Inicialmente esclarece que a empresa não escritura o livro Registro de Controle de Produção e Estoque, razão da utilização de índice aplicado em empresa similar, no caso a Cargil Cacau Ltda, fl. 671.

Diz que os autuantes, na informação fiscal, reconhecem que o imposto exigido não seria de R\$68.095,04 e sim de R\$59.729,40 proveniente da nacionalização de 105,776 toneladas de tortas equivalente a 195,881t de líquido importado, entretanto não considerou 95,056 toneladas de pó de cacau que é a torta de cacau moída e pulverizada.

Dessa forma, adicionando-se as 95,056 ton. de pó de cacau, às 380.224 ton. de torta de cacau, encontramos o total de 475,82 ton de tortas, restando a comprovação da exportação de 40,072 ton. de tortas, equivalente a 19,85 ton de líquido importado com o benefício de drawback, sendo o imposto devido de R\$ 3.071,22.

O autuado manifesta-se acerca da diligência, fls. 807 a 809, discordando do entendimento formulado no item 13. Esclarece que trata-se da comprovação de cumprimento de operação realizada sob o regime de drawback, mediante a importação de 900 toneladas de líquido de Ghana. Diz que na documentação dos autos, vê-se que obrigou-se a exportar, após industrialização do produto importado, 424,724 quilos de manteiga de cacau, 380,224 quilos de torta de cacau e 95,056 quilos de pó de cacau.

Aduz que os autuantes esqueceram de computar ao resultado, nada mais nada menos que 95,056 quilos de cacau, como assinalado na diligência em comento, e que nos termos do drawback, de uma importação de 900 quilos de cacau, o autuado teria que exportar 475,280 quilos de sólidos (torta e pó de cacau) e 424,720 quilos de pasta (manteiga de cacau). Deste modo, os índices de aproveitamento seriam de 52,8% para o sólido (torta de cacau e pó de cacau) e 46,2% para o produto pastoso (manteiga de cacau). Contesta que se os autuantes afirmaram textualmente que o índice de aproveitamento no processamento de torta de cacau é de 54% e o restante 46% para manteiga de cacau, logo  $52,8\% \text{ de } 900,000 = 475,280$  de sólidos ou seja, 380,224 quilos de Torta de cacau e 95,056 quilos de Pó de Cacau.

$47,2\% \text{ de } 900,000 = 424,720$  quilos de manteiga de cacau. Ou seja que da soma de  $475,280 + 424,720$ , tem-se exatamente 900,000 quilos exportados.

Conclui que, a diferença apontada na diligência fiscal (10,720 quilos de torta de cacau) decorre deste montante estar embutido na quantidade de manteiga de cacau, pois foi constatado que o rendimento da manteiga seria de 46% de  $900,000 = 414,000$  quilos de manteiga de cacau.

Entretanto o autuado exportou 424,720 quilos de manteiga de cacau, assim  $424,720 - 414,000$  quilos = 10,720 quilos. Exatamente o valor apontado na diligência como nacionalizado, sendo que esta quantidade de 10,720 quilos foi exportada no bojo dos 424,720 quilos de manteiga de cacau. Deste modo, entende que está afastada a acusação fiscal.

Este processo administrativo fiscal, foi julgado por esta 3ª JF em 22 de julho de 2002, do que resultou o Acórdão JF nº 0239-03/02, em decisão pela Procedência em Parte, da qual o autuado ingressou com Recurso Voluntário, fls. 837 a 859.

Neste Recurso Voluntário, o autuado aduz que a decisão recorrida merece ser reformada, nos seguintes aspectos:

1. Na infração 1, aponta que não foi intimado para se manifestar sobre a diligência de fls. 656/689, o que resultou em nulidade processual insanável. Pede a devolução do prazo de 10 dias.
2. Na infração 3, aduz que pode se observar do demonstrativo “Anexo 2”, verifica-se que trata-se de produtos adquiridos de outra pessoa jurídica, no caso a Chadler Industrial da Bahia S/A, a qual emitiu a competente nota fiscal com o respectivo destaque do imposto. Alega que os

próprios dispositivos legais do RICMS/89, ditos como infringidos no presente auto, milita contra a acusação fiscal, na medida em que o art. 11, parágrafo 4º, refere-se expressamente a mercadorias oriundas de outros estados da Federação, e de igual forma o art. 97, inciso IV. Desta forma, sendo a empresa remetente sediada em Ilhéus e tendo vendido mercadoria com o respectivo destaque do ICMS na nota fiscal, recolheu o tributo nos moldes em que estava obrigada, não existindo nenhum óbice legal vedando o respectivo crédito.

3. Quanto à infração 04, pede que seja aplicado em seu favor os benefícios do art. 59 do PAF, combinado com o § 4º do art. 401 do RICMS/89, cancelando-se a penalização em comento.
4. No que concerne à infração 05, diz que o crédito “in exame”, refere-se à Nota Fiscal nº 1242 de emissão do estabelecimento filial do autuado sito em Itabuna, no valor de R\$ 15.000,00, gerando o crédito de R\$ 2.550,00. Que este valor se encontra amparado no Certificado de Crédito do ICMS nº 0406003-2, emitido pela Infaz Itabuna em 26/12/95, que fora colacionado com a defesa. Diz que o argumento de que o citado documento foi juntado em cópia não autenticada, não pode prosperar, porque é um documento comum às partes, emitido pelo fisco e recebido pelo contribuinte.
5. Na infração 06, a operação envolveu uma Nota Fiscal de Remessa de Embarque nº 868 de 28/08/96, no valor de R\$ 2.013,25 gerando ICMS de R\$ 342,24 (doc. anexo). Diz que o produto constante da referida nota retornou a sua origem através da nota fiscal nº 869, emitida em 28/08/96, no mesmo valor. Entretanto na sua confecção, constou por equívoco uma base de cálculo inferior, o que ocasionou a pretensa diferença.
6. Reitera as razões de defesa, quantos aos itens 09,10, e 11, em especial o direito à aplicação de correção monetária nos créditos de ICMS.
7. A final ressalta a inconstitucionalidade da multa devido ao seu caráter nitidamente confiscatório.

A Douta PROFAZ, emite Parecer de fls. 873 a 874, no sentido de que os argumentos trazidos ao recurso são insuficientes a proporcionar a alteração do julgamento de 1ª instância.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, em decisão proferida no Acórdão CJF nº 0421-11/02, fls.880 a 897 decidiu que “o Recurso de Ofício merece reforma, tendo em vista ter passado despercebido pelo Relator, e demais componentes da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que não foi concedida vistas ao contribuinte autuado do resultado da diligência efetuada pela Inspeção de Fiscalização Especializada, que se encontra costada às fls. 688 a 692 dos autos, este fato maculou o julgamento realizado pela Primeira Instância, pois foi realizado sem o devido saneamento do processo.” Concedeu provimento ao recurso de ofício apresentado para decretar a nulidade do julgamento realizado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, devendo o PAF retornar à Primeira Instância, para que seja devidamente saneado e logo após ser novamente julgado. Quanto ao Recurso Voluntário, este fica prejudicado face à nulidade supracitada.”

O presente PAF foi encaminhado à Inspeção de origem, para que fossem cientificados o autuante e o autuado tanto do resultado da diligência fiscal, fls. 688 a 692, como do Acórdão nº 0421-11/02, o que foi cumprido.

O autuado, vem ao PAF, fls. 922 a 923 e adere aos fundamentos da diligência em comento. Contudo discorda da diferença apontada pelo auditor diligente, na infração 01, porque a data do embarque coincidiu exatamente com a data da emissão da Nota Fiscal. Neste caso, não há o que se falar em complementação de preço, por não haver qualquer diferença cambial.

## VOTO

Inicialmente ressalto que o erro formal cometido no julgamento anterior, que fora realizado sem que o contribuinte tivesse sido cientificado do resultado da diligência de fls. 688 a 692, foi saneado, e o Auto de Infração encontra-se apto a ser julgado, conforme disposição do art. 18, § 1º do RPAF/99.

Portanto passo a analisar o mérito das infrações, itemizando-as, como segue:

Infração 1 – Resultou do recolhimento a menor do ICMS devido pelas exportações de mercadorias em razão de erro na determinação da base de cálculo, em decorrência da falta de inclusão do valor dos tributos, das contribuições e demais despesas, inclusive a utilização incorreta da taxa cambial, que não foi a praticada e divulgada pelo Banco Central.

O autuado, em sua peça de defesa, combate a acusação afirmando que as diferenças de ICMS incidentes nas exportações, devido à diferença da taxa cambial entre a data do lançamento e a data do embarque foram pagas através das competentes notas fiscais de complementação.

Diligente, verifica os documentos comprobatórios, relaciona as notas fiscais complementares na planilha de fl.689, e reduz o valor do débito para R\$ 4.669,18, no que concordo face a comprovação do recolhimento do ICMS complementar às exportações anteriormente realizadas.

Infração 2 – Em razão do recolhimento a menor de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no RAICMS, e erro de apuração do imposto no confronto entre débitos e créditos, foi efetuado este lançamento.

O contribuinte nega o cometimento da infração e pede revisão fiscal para que fossem apurados os valores corretamente pagos. Os autuantes, na informação fiscal, corrigem o valor exigido para CR\$ 6.337.589,93 e informam que sentem-se impossibilitados de apreciarem o argumento do autuado, com relação ao débito de R\$ 660,92, referente ao frete pago a terceiros, pois foi apresentada apenas uma planilha desacompanhada de documentos.

Auditor Fiscal estranho ao feito, na diligência comprova que o valor de CR\$ 6.337.589,92 relativo ao decêndio de 21 a 30/06/94, foi lançado incorretamente como “estorno de crédito”, quando deveria ter sido escriturado no campo “estorno de débito”, não havendo imposto neste período que não tenha sido recolhido ao erário. Constata que não ficou comprovado o montante de R\$ 660,92 referente à operação de frete pago a terceiros.

Concordo com o resultado da diligência e deve ser exigido o valor de R\$ 660,92 neste item do Auto de Infração, relativo ao ICMS de 31/01/95.

Infração 3 – Relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas e sujeitas ao regime de diferimento, desacompanhadas de comprovante de recolhimento do imposto.

Trata-se de produtos adquiridos (cacau em bagas), da Chadler Industrial da Bahia S/A, localizada em Ilhéus, Bahia, através de notas fiscais com destaque do imposto. Tratando-se de produtos sujeitos ao diferimento do ICMS, com previsão no art. 9, XIX, do RICMS/89, quando for emitido o documento fiscal com destaque do imposto, este far-se-á acompanhar do DAE ou do Certificado de Créditos do ICMS, o que não ocorreu na presente situação. A matéria encontra-se disciplinada

nos parágrafos 6º e 8º, do art. 11 do citado diploma regulamentar, não sendo portanto cabível a utilização do crédito pelo destinatário.

Outra não é a interpretação dos dispositivos citados, que dispõem:

*Art 11. ....*

*§ 6º - Nas saídas com produtos enquadrados no regime de diferimento, quando for emitido documento fiscal com destaque do imposto, observá-se-á o seguinte:*

*I – o documento fiscal far-se-á acompanhar do documento de arrecadação estadual ou do Certificado de Crédito do ICMS, observadas, conforme o caso, as regras dos incisos I, II e III do parágrafo anterior.*

A única hipótese em que o ICMS deve ser recolhido nos prazos previstos para o pagamento das obrigações normais do contribuinte responsável, é no caso em que for concedido regime especial pela administração tributária, e na presente situação, não ficou comprovado que a empresa Chadler tivesse efetuado o pagamento do imposto diferido, ou que possuísse o citado regime especial, o que daria o direito ao creditamento do ICMS pelo destinatário.

Infração 4 – Nesta infração foi constatado que o autuado deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a respectiva multa pelo descumprimento de obrigação acessória.

O contribuinte reconhece o cometimento da infração e pede a aplicação da multa de 5% ao invés de 10% e ainda requer o benefício do RPAF/81, à época vigente, combinado com o § 4º do art. 401 do RICMS/89.

No período de 31/08/1994, foi aplicada a multa de 5% e no de 31/01/1996, a multa de 10%.

A multa de 5% estava prevista na legislação que produziu efeitos até 31/12/95, e a redação do art. 61, inciso X, do RICMS/89 foi alterada pela Lei nº 6.934, de 23/01/96, D.O.E. de 24/01/96, passando a exigir a multa de 10% e produzindo efeitos a partir de 01/01/96. Portanto para a parcela de ocorrência em 01/01/96 a penalidade de 10% sobre o valor da mercadoria entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal está correta.

Quanto ao pedido de aplicação do benefício de cancelamento da penalidade, o art. 158 do RPAF/99 prevê que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

No presente caso, o autuado informa que ocorreu erro de processamento das informações a serem impressas no REM e devido a este fato não foram escrituradas as notas fiscais relacionadas neste item da autuação, muito embora o imposto relativo às mesmas tenham sido corretamente recolhidos. Não restou comprovado de que não houve falta de recolhimento do tributo, haja vista que a ocorrência de entradas de mercadorias ou de pagamentos não contabilizados, conforme o art. 2º, parágrafo 5º da Lei 4.825/89, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não

ocorreu na presente impugnação. Desta forma, entendo que deve ser indeferido o pleito, do contribuinte, de redução ou cancelamento da multa indicada.

**Infração 5** – O crédito fiscal considerado indevido refere-se ao valor do ICMS que não foi destacado da Nota Fiscal nº 1242, de emissão da filial de Itabuna, fl.46.

A defesa argumenta que o crédito é devido pois se encontra amparado no Certificado de Crédito do ICMS nº 0406003-2, emitido pela Infaz Itabuna, em 19/12/95, cuja cópia se encontra à fl.579 –B, nele constando o número da Nota Fiscal nº 1242.

A utilização de Certificado de Crédito, na saída de produtos enquadrados no regime de diferimento, deve obedecer às regras do art. 11, § 5º do RICMS/89, quais sejam:

*§ 5º - Na hipótese de saída de produtos enquadrados no regime de diferimento, com destino a estabelecimento não habilitado a operar no citado regime, observar-se-ão as seguintes regras:*

*I - o imposto será recolhido antes da saída das mercadorias, devendo o documento de arrecadação respectivo acompanhar a documentação fiscal no seu transporte, sendo que:*

*II - para cumprimento da exigência prevista no inciso anterior, se o estabelecimento remetente dispuser de crédito fiscal e pretender dele fazer uso, deverão ser adotados os seguintes procedimentos:*

- a) o contribuinte requererá à Inspetoria da Fazenda ou, se for o caso, à Delegacia Regional do seu domicílio fiscal, a expedição de "Certificado de Crédito do ICMS", indicando o valor a ser utilizado e o fim a que se destina;*
- b) o Subgerente (Inspetor Fazendário) ou, se for o caso, o Delegado Regional expedirá, à vista do documento gerador do crédito fiscal, o "Certificado de Crédito do ICMS", posteriormente à emissão do "Controle de Crédito do ICMS", não implicando o fato reconhecimento da legitimidade do crédito nem homologação dos seus lançamentos, sendo que uma das vias do "Certificado de Crédito do ICMS" será anexada ao processo, para posterior verificação, pelo fisco, da efetiva existência e regularidade do crédito fiscal utilizado;*
- d) na documentação fiscal que acobertar o transporte das mercadorias, será feita referência ao número do "Certificado de Crédito do ICMS"; (grifo não original);*
- e) o contribuinte deverá escriturar as notas fiscais no livro Registro de Saídas, normalmente, na forma do art. 235, com débito do imposto, anotando na coluna OBSERVAÇÕES o número do "Certificado de Crédito do ICMS" e o respectivo valor;*
- f) os lançamentos serão transcritos no livro Registro de Apuração do ICMS, devendo o contribuinte fazer constar, na coluna OBSERVAÇÕES, a quantia correspondente ao "Certificado de Crédito do ICMS", deduzida do saldo existente;*

Verifico que o contribuinte não adotou esta sistemática, nem atentou para o disposto no § 2º do art. 94 do mesmo regulamento, que dispõe:

Art. 94. ....

.....

§ 2º - *Quando o imposto não vier destacado na nota fiscal ou o seu destaque vier a menor, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado fica condicionado à regularização mediante emissão de nota fiscal complementar, pelo remetente, sendo que as chamadas cartas de correção apenas serão admitidas quando não se relacionarem com dados que influam no cálculo do imposto.*

Além de o contribuinte não ter cumprido as determinações regulamentares acima aludidas, a cópia do Certificado de Crédito de fl. 579-B, juntado pela defesa, não pode ser aceito pois trata-se de cópia não autenticada, documento inábil para elidir a infração e que não se presta para a comprovação da regularidade do crédito fiscal utilizado pelo autuado. O autuado poderia ter juntado, ao menos, cópia autenticada do Certificado de Crédito, para comprovar a sua regularidade.

Infração 6 – Utilizou crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal, prática defesa pelo art. 93, § 2º do RICMS/96.

Constato que a infração refere-se à nota fiscal nº 869, no valor de R\$ 2.013,25 e ICMS de R\$ 292,90, sendo que foi lançado no REM o ICMS de R\$ 342,25 (fl.46), sendo indevido o crédito fiscal no valor de R\$ 49,35, conforme exigido na autuação. O crédito fiscal do ICMS somente pode ser utilizado com amparo em documento fiscal, deveria, no presente caso, ter sido emitido Nota Fiscal complementar, a teor do que dispõe o art. 93, § 4º do RICMS/96:

Art. 96 .....

.....

§ 4º - *Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de “carta de correção” (art. 201 § 6º).*

Infração 7 – Neste item da acusação, o lançamento reporta-se à utilização indevida de crédito fiscal de importações de mercadorias sem a apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito.

O autuado em sua peça de defesa comprova que a parte relativa ao valor de R\$ 49.867,65 é decorrente de exportação que não foi concretizada, cujas mercadorias retornaram através da NF nº 1363 de 19/09/96. Quanto à parcela de R\$ 50.722,10, comprovou o pagamento do ICMS. O autuante, na informação fiscal reconhece, a improcedência da acusação e com base nos documentos acostados na defesa concluo que a exigência fiscal é descabida.

Infração 8 – Este item refere-se à utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de energia elétrica na industrialização de mercadorias, em valor superior ao efetivamente consumido, em decorrência do aproveitamento de crédito relativo aos consumo de energia pela administração e por áreas não ligadas à produção da fábrica.

Diante da controvérsia entre os argumentos da defesa e a informação fiscal, esta 3ª JF diligenciou à ASTEC, para que estranho ao feito verificasse se o percentual de 7,41% estipulado

pelo autuante, como sendo utilizado na administração da empresa, se adequa à realidade dos fatos, mesmo porque houve comparação com o consumo de empresa congênere.

O diligente relata que o autuado apresentou Laudo Técnico emitido pela Gilco Engenharia e Montagens Ltda, fls. 797 a 800, onde atesta que o percentual de consumo de energia utilizado no processo administrativo e de apoio é de 1,89%, portanto a unidade fabril consome 98,11% de energia e não 100% como pleiteado. Deste modo, aplicando-se o percentual de 1,89% sobre o total do crédito utilizado pelo contribuinte, o crédito indevido relativo ao consumo de energia elétrica é de R\$ 6.269,60, conforme demonstrativo de fl. 768-a, no que concordo.

**Infração 9 – Relativa à glosa de crédito fiscal de ICMS em virtude da atualização monetária do imposto destacado em documentos fiscais escriturados extemporaneamente.**

A defesa argumenta que adotou este procedimento em virtude da inflação, contudo o RICMS/96 é claro quando veda no art. 93, § 2º, tal prática, ao dispor que o crédito deverá ser escriturado pelo seu valor nominal. Portanto assiste razão ao autuante, devendo ser recolhido o ICMS exigido neste item.

**Infração 10 – Esta acusação descreve que o sujeito passivo utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, pois não apresentou o competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Não obstante a defesa tenha silenciado a respeito, o que implicaria no reconhecimento tácito da infração, por ocasião da diligência de fls. 688 a 689, o contribuinte apresentou algumas notas fiscais de óleo combustível, ao auditor fiscal estranho ao feito, e este concluiu ser pertinente a redução do débito para R\$ 5.713,97, no que concordo.**

**Infração 11 - Utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material de uso e consumo.**

A defesa tenta elidir a infração sob o argumento de que estes materiais, na verdade, são insumos, tais como óleo, gasolina, diesel, telex, luz e telefone. O diligente fiscal efetua alguns ajustes no levantamento, e encontra o débito do ICMS no valor de R\$ 29.720,58, conforme relatório de fls. 688/689, no que concordo, entendendo que combustível é insumo, e o autuado também faz jus aos créditos relativos à comunicação referente ao mês de julho, conforme especificado em planilha elaborado pelo diligente.

**Infração 12 – Neste item o autuado utilizou crédito fiscal de ICMS não destacado em documento fiscal, contrariando o disposto no art. 93, § 4º do RICMS/96. A defesa do contribuinte é genérica mas verifico que as notas fiscais em questão nºs 5654,361,104, 45, (fls. 190 a 194), foram remetidas por Petrobrás Distribuidora embora não contenham o destaque do ICMS, são relativas a óleo diesel. O diligente ao analisar os documentos relativos à infração 11, assegurou que combustível é um insumo utilizado pelo contribuinte em seu processo produtivo. Como estes produtos estão enquadrados no regime de substituição tributária, as notas fiscais não contêm o destaque do imposto, mas este fato não impossibilita, o creditamento do imposto relativo às notas fiscais de aquisição de tais mercadorias, conforme descrição de fl.152. Deste modo, entendo que não é legítima a cobrança deste item do Auto de Infração.**

**Infração 13 - Decorreu da não aplicação, em sua integralidade, dos insumos importados pelo regime de drawback, na fabricação de produtos a serem exportados.**

A defesa argüi que a acusação menciona “que o índice real de produção foi inferior ao índice técnico ao historicamente apresentado pela empresa”, mas em nenhum momento apresenta os



pretensos índices para serem objeto de análise e confronto. Diz também que os índices de aproveitamento dos produtos importados se encontram fixados expressamente nos Atos Concessórios.

Os autuantes, ressaltam que na “Descrição do Produto”, o rendimento da Torta a partir do processamento do liquor é da ordem de 54%, ou seja, a cada 1000 Kg de liquor processados, são produzidos 540 Kg de torta, e os restantes 460 seriam consumidos na produção de manteiga ou de outros derivado, desde quando não há perdas no processo. Considerando que foram nacionalizados 195,881 toneladas de liquor, ao preço de US\$ 1.836,29, convertido à taxa de câmbio de 25/01/95, venda, a base de cálculo perfaz o total de R\$ 351.349,41 e o ICMS de R\$ 59.729,40.

Diante da irresignação do autuado com o índice de produção considerado como próprio de sua empresa, quando tomou por base os índices produtivos de empresas do mesmo ramo, esta 3ª JF diligenciou à ASTEC, com vistas ao esclarecimento da questão.

O diligente verifica que os autuantes, na informação fiscal, reconhecem que o imposto exigido não seria de R\$ 68.095,04 e sim de R\$ 59.729,40 proveniente da nacionalização de 105,776 toneladas de tortas equivalente a 195,881 ton. de líquido importado, entretanto que estes não consideraram 95,056 toneladas de pó de cacau, que é a torta de cacau moída e pulverizada.

Dessa forma, adicionando-se as 95,056 ton. de pó de cacau, às 380.224 ton. de torta de cacau, encontrou o total de 475,82 ton. de tortas, restando a comprovação da exportação de 10,072 ton. de tortas, equivalente a 19,85 ton. de líquido importado com o benefício de drawback, sendo o imposto devido de R\$ 3.071,22.

O autuado após a realização da diligência, manifesta-se nos autos, e diz que o saldo de 10,072 ton. apontados na diligência como nacionalizados não existiu, pois nos termos do drawback, teria que exportar 475,280 ton. de sólidos (torta e pó de cacau) e 424,72 ton. de pasta (manteiga de cacau), com índices de aproveitamento de 52,8% para o sólido (torta de cacau e pó de cacau) e de 46,2% para o produto pastoso (manteiga de cacau).

Aponta que a diferença constatada na diligência fiscal de 10,720 ton. de torta de cacau, decorre deste montante estar embutido na quantidade de manteiga de cacau, devendo a diferença ser afastada da acusação fiscal.

Verifico que os autuantes ao não terem considerado inicialmente a quantidade de 95,056 ton. de pó de cacau (torta de cacau moída e pulverizada), se equivocaram nos índices de participação da matéria prima importada sob o regime de drawback, na fabricação de cada produto industrializado pelo autuado, o que viciou o levantamento desde o seu início.

Entendo que a manifestação do autuado tem procedência, pois segundo os índices de produção estipulados pelos autuantes, o contribuinte teria que ter exportado 414,000 ton. de manteiga de cacau (46% de 900,000), contudo exportou 424,720 ton. de manteiga de cacau, quantidade superior em exatamente 10,720 ton. supostamente nacionalizados. Ressalvo também que os índices de aproveitamento do processamento do produto importado, foram considerados pelos autuantes com base em índices de outra empresa congênere o que não significa que tenham sido obtidos pelo autuado em seu processo produtivo, considerando certas peculiaridades de maquinários, tecnologia, entre outros fatores. Deste modo, concluo pela improcedência deste item do Auto de Infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo o ICMS ser recolhido conforme o Demonstrativo de Débito abaixo:

Seq	Infração	Código Débito	Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa (%)	Valor Histórico	Valor em Real (R\$)
2	13.1.2	10	30/04/1995	09/05/1995		13	50	2.060,66	2.060,66
2	13.1.2	10	30/06/1995	09/07/1995		13	50	73,40	73,40
2	13.1.2	10	30/09/1995	09/10/1995		13	50	715,65	715,65
2	13.1.2	10	30/11/1995	09/12/1995		13	50	780,03	780,03
2	13.1.2	10	30/01/1996	09/02/1996		13	60	65,16	65,16
2	13.1.2	10	28/02/1996	09/03/1996		13	60	974,28	974,28
3	3.1.1	10	31/01/1995	09/02/1995	3.887,76	17	50	660,92	660,92
4	1.2.88	10	31/05/1994	09/06/1994	156.488.490,00	17	60	26.603.043,30	9.673,83
4	1.2.88	10	30/06/1994	09/07/1994	210.427.001,12	17	60	35.772.590,19	13.008,21
4	1.2.88	10	31/07/1994	09/08/1994	87.727,35	17	60	14.913,65	14.913,65
4	1.2.88	10	30/09/1994	09/10/1994	66.000,53	17	60	11.220,09	11.220,09
4	1.2.88	10	31/10/1994	09/11/1994	39.642,00	17	60	6.739,14	6.739,14
4	1.2.88	10	30/11/1994	09/12/1994	112.101,82	17	60	19.057,31	19.057,31
4	1.2.88	10	31/12/1994	09/01/1995	57.200,24	17	60	9.724,04	9.724,04
4	1.2.88	10	31/01/1995	09/02/1995	3.692,00	17	60	627,64	627,64
4	1.2.88	10	31/05/1995	09/06/1995	56.088,00	17	60	9.534,96	9.534,96
5	16.1.1	60	31/08/1994	09/09/1994	192.419,97	-	5	9.621,00	9.621,00
5	16.1.1	60	31/01/1996	09/02/1996	29.800,43	-	10	2.980,04	2.980,04
6	1.2.39	10	31/12/1995	09/01/1996	15.000,00	17	60	2.550,00	2.550,00
7	1.2.40	10	30/09/1996	09/10/1996	290,29	17	60	49,35	49,35
9	1.3.3	10	31/01/1994	09/02/1994		25	60	79.400,96	28,87
9	1.3.3	10	28/02/1994	09/03/1994		25	60	111.063,18	40,39
9	1.3.3	10	31/03/1994	09/04/1994		25	60	136.834,78	49,76
9	1.3.3	10	30/04/1994	09/05/1994		25	60	221.440,34	80,52
9	1.3.3	10	31/05/1994	09/06/1994		25	60	310.350,23	112,85
9	1.3.3	10	30/06/1994	09/07/1994		25	60	450.589,47	163,85
9	1.3.3	10	31/07/1994	09/08/1994		25	60	226,43	226,43
9	1.3.3	10	31/08/1994	09/09/1994		25	60	240,41	240,41
9	1.3.3	10	30/09/1994	09/10/1994		25	60	267,07	267,07
9	1.3.3	10	31/10/1994	09/11/1994		25	60	272,58	272,58
9	1.3.3	10	30/11/1994	09/12/1994		25	60	261,38	261,38
9	1.3.3	10	31/12/1994	09/01/1995		25	60	261,19	261,19
9	1.3.3	10	31/01/1995	09/02/1995		25	60	212,58	212,58
9	1.3.3	10	28/02/1995	09/03/1995		25	60	121,56	121,56
9	1.3.3	10	31/03/1995	09/04/1995		25	60	148,01	148,01
9	1.3.3	10	30/04/1995	09/05/1995		25	60	193,46	193,46
9	1.3.3	10	31/05/1995	09/06/1995		25	60	161,93	161,93
9	1.3.3	10	30/06/1995	09/07/1995		25	60	169,90	169,90
9	1.3.3	10	31/07/1995	09/08/1995		25	60	166,53	166,53
9	1.3.3	10	31/08/1995	09/09/1995		25	60	170,04	170,04
9	1.3.3	10	30/09/1995	09/10/1995		25	60	186,80	186,80
9	1.3.3	10	31/10/1995	09/11/1995		25	60	351,20	351,20
9	1.3.3	10	30/11/1995	09/12/1995		25	60	199,41	199,41
9	1.3.3	10	31/12/1995	09/01/1996		25	60	195,19	195,19
9	1.3.3	10	31/01/1996	09/02/1996		25	60	222,31	222,31
9	1.3.3	10	28/02/1996	09/03/1996		25	60	197,34	197,34

9	1.3.3	10	31/03/1996	09/04/1996		25	60	231,51	231,51
9	1.3.3	10	30/04/1996	09/05/1996		25	60	221,67	221,67
9	1.3.3	10	31/05/1996	09/06/1996		25	60	240,03	240,03
9	1.3.3	10	30/06/1996	09/07/1996		25	60	213,34	213,34
9	1.3.3	10	31/07/1996	09/08/1996		25	60	212,04	212,04
9	1.3.3	10	30/09/1996	09/10/1996		25	60	449,46	449,46
10	1.2.8	10	31/10/1996	09/11/1996	415.455,53	17	60	70.627,44	79.057,50
10	1.2.8	10	30/11/1996	09/12/1996	103.886,71	17	60	17.660,74	99.474,93
10	1.2.8	10	31/12/1996	09/01/1997	10.259,29	17	60	1.744,08	70.627,44
10	1.2.8	10	31/01/1997	09/02/1997	465.044,12	17	60	79.057,50	17.660,74
10	1.2.8	10	28/02/1997	09/03/1997	585.146,65	17	60	99.474,93	1.744,08
11	1.2.42	10	31/10/1996	09/11/1996		17	60	0,93	0,93
11	1.2.42	10	30/11/1996	09/12/1996		17	60	94,90	94,90
11	1.2.42	10	31/12/1996	09/01/1997		17	60	704,88	704,88
11	1.2.42	10	31/01/1997	09/02/1997		17	60	3.578,20	3.578,20
11	1.2.42	10	28/02/1997	09/03/1997		17	60	1.335,06	1.335,06
12	1.2.2	10	31/10/1996	09/11/1996		17	60	20.631,69	20.631,69
12	1.2.2	10	30/11/1996	09/12/1996		17	60	32,33	32,33
12	1.2.2	10	31/12/1996	09/01/1997		17	60	2.231,19	2.231,19
12	1.2.2	10	31/01/1997	09/02/1997		17	60	5.754,61	5.754,61
12	1.2.2	10	28/02/1997	09/03/1997		17	60	1.070,76	1.070,76
				Total					425.298,22

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207351.0010/99-3, lavrado contra **JOANES INDUSTRIAL S/A. PRODUTOS QUÍMICOS E VEGETAIS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 412.697,18**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50%, sobre R\$ 4.290,66, de 60% sobre R\$ 408.406,52 previstas no art. 61, inciso II, alínea “a” e “b”, da Lei nº 4.825/89, com a redação vigente à época do fato gerador, e no art. 61, VIII, “a” da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além das multas de 5%, no valor de **R\$ 9.621,00** e de 10%, no valor de **R\$ 2.980,04**, previstas no art. 61, inciso X, da Lei nº 4.825/89.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR