

A. I. N° - 279100.0002/00-2
AUTUADO - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S/A
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO GOMES DA SILVA
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARÍ
INTRANET - 27.06.03

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0222-04/03

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias constitui em comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal. Efetuada a correção no cálculo do imposto. 2. BASE DE CÁLCULO. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS POR TRANSFERÊNCIA EM VALOR INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. Procedimento em desacordo com a legislação. b) FALTA DE INCLUSÃO DA PARCELA COBRADA A TÍTULO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NÃO CONTEMPLADAS NA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DOS MUNICÍPIOS. c) ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento. b) ATIVO IMOBILIZADO. Somente é admitido o crédito fiscal sobre aquisição de mercadorias para o ativo permanente a partir de 01/11/96, com a edição da Lei Complementar nº 87/96. Não acolhida à alegação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, com fulcro no art. 167, I, do RPAF/99. Infrações caracterizadas no tocante aos itens 2 e 3 e parcial, com referência ao item 1. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2000, exige ICMS no valor de R\$204.748,80, em razão das seguintes irregularidades:

- 1) Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$102.310,16, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (1996);
- 2) Efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção, tendo sido exigido imposto no valor de R\$34.567,01;
- 3) Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$3.279,93, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento;

4) Recolheu a menos o imposto no valor de R\$40.006,56, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. De acordo com o autuante, o contribuinte fornece produtos com simultânea prestação de serviços não compreendida na competência tributária dos municípios sem incorporar na base de cálculo do ICMS os valores correspondentes aos serviços cobrados;

5) Utilizou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$24.327,49, pela compra no mercado interno, de mercadoria importada por estabelecimento de outro Estado e destinadas após o desembaraço aduaneiro ao estabelecimento do autuado. Em complemento à acusação, o autuante consignou que se trata de crédito de ativo fixo, apropriado no mês de dezembro/96, o qual foi objeto de importação efetuado por outro estabelecimento situado em outra unidade da Federação, sem a apresentação da documentação correspondente e da prova do recolhimento do imposto em favor do Estado da Bahia.

6) Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$257,65, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas;

O autuado em sua defesa, fls. 640 a 657 dos autos esclareceu que não pretende recorrer da multa aplicada no item 6, pois vai efetuar o seu recolhimento.

Sobre os demais itens, diz que não merece prosperar a exigência fiscal e apresenta os seguintes argumentos para contraditá-la:

Infração 1 - Preliminarmente, requer a sua improcedência, face aos inúmeros equívocos praticados pelo autuante, o qual alega que a empresa omitiu saídas tributáveis com base em levantamento que só o mesmo consegue entender. Sustenta que a suposta infração pretende tributar saídas apuradas através de levantamento quantitativo, efetuado por método empírico, que não conduz a uma certeza plena de que todos os documentos fiscais, por produto, foram vistos e incluídos nas planilhas (Anexos 01, 01-A e 01-B - doc. 04).

Em seguida, fez uma explanação do seu processo industrial e de como são efetuados os seus lançamentos no livro de Registro de Controle e da Produção e do Estoque. Frisa que o levantamento feito pelo autuante não contempla as saídas internas para uso no processo produtivo, motivo pelo qual o mesmo é precário, já que não retrata a realidade dos fatos.

Às fls. 642 a 648 aponta os equívocos incorridos pelo autuante no levantamento realizado e pede que o mesmo seja desconsiderado e excluído da autuação, por ser inconsistente, conforme documentos 04, 05 e 06 em anexos.

Infração 2 - Assevera ser insubsistente a cobrança do ICMS nas transferências entre estabelecimentos da mesma empresa, além do levantamento fiscal, por si só, demonstrar a total falta de critério para a apuração do crédito tributário, pelo que requer a sua improcedência. Como justificativa, diz que o ICMS não incide sobre mercadorias, mas sobre operações que tem mercadorias em circulação por objeto, oportunidade em que transcreveu o teor da Súmula 166, do Superior Tribunal de Justiça, além de outras decisões do mesmo e de outros Tribunais sobre o assunto, para embasar a sua alegação.

Infração 3 - Sustenta que o autuante também incorreu em equívoco, pois o crédito fiscal apropriado não é só devido a partir de 1º de novembro/96 (no caso das mercadorias destinadas ao ativo permanente do estabelecimento), mas sim, desde a entrada em vigor da parte tributária da Constituição Federal, ou seja, desde 05/03/89 (art. 34, 11º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Salaria que a empresa, por força do princípio da não cumulatividade, tem o direito constitucional de creditar-se de todo o ICMS que incidiu na aquisição de bens ou mercadorias, independentemente da destinação que lhes vier a dar (revenda, uso, consumo ou integração ao ativo permanente).

Ao concluir, diz que negar vigência à não cumulatividade, por meio de restrições não autorizadas pelo texto constitucional, importa em descaracterizar as feições básicas do imposto à revelia da Carta Magna, conforme docs. 27 anexos.

Infração 4 - Aduz que teve dificuldade em entender o motivo que levou o autuante a considerar irregulares as operações, uma vez que nenhum descumprimento a norma legal ocorreu. Para embasar o seu argumento, transcreve o art. 2º e seu inciso IV, da Lei Complementar nº 87/96. Frisa que em atendimento aos dispositivos da lei acima citada, a empresa ao executar, no interior de seu estabelecimento, prestações de serviços não compreendidas na “Lista de Serviços”, instituída pela Lei Complementar nº 56/87, imediatamente emite as competentes notas fiscais correspondentes das mercadorias empregadas nos serviços executados, com a devida incidência do ICMS, em atendimento a legislação estadual, conforme comprova através das notas fiscais que indica e de acordo com o serviço a ser prestado por cliente é emitida uma “Ordem de Serviço”, sendo-lhe atribuída uma numeração, oportunidade em que listou às fls. 653 a 655 várias operações realizadas. Finaliza, dizendo ser improcedente a infração imputada.

Infração 5 - A exemplo da infração 4, diz que não entendeu o motivo que levou o autuante a considerar irregular as operações, uma vez que nenhum descumprimento a norma legal ocorrera, devendo ser julgado improcedente o lançamento, cancelando a exigência fiscal, pela errônea capitulação do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal fez, inicialmente, um resumo das alegações defensivas para, em seguida, refutá-las da seguinte forma:

Infração 1 - Aduz que o autuado requer como preliminar a “improcedência”, sob a alegação de que não conseguiu compreender os levantamentos e que o método adotado é empírico e não conduziria a certeza de que todos os documentos estariam relacionados. Afirma que se o mandatário assim entendeu, é porque não está familiarizado com estes procedimentos fiscais, já que as planilhas são auto-explicativas e trazem um memorial consignando todos os cálculos realizados. Frisa que o autuado não aponta qualquer vício e os fatos que articula, como demonstrará no mérito, são completamente infundados.

À fl. 1610 fez uma explanação do processo industrial do autuado, para produção do nitrogênio líquido e oxigênio líquido. Esclarece que o levantamento quantitativo referiu-se exclusivamente aos citados produtos, o qual foi realizado cotejando-se todas as notas fiscais de entrada e saída, os estoques escriturados no livro de Inventário e a produção líquida efetiva apresentada pela empresa (total produzido: entradas de produção através de ME's menos total transformado: saídas através de ME) consoante já assinalado, consignado nas planilhas de custo, conforme documentos às fls. 545 a 582.

Continuando a sua argumentação, lista às fls. 1611 a 1612 alguns testes de consistências efetuados no curso da ação fiscal e diz que do simples confronto com os documentos elaborados, é suficiente para desnudar a verdade.

Ressalta que para o ano de 1995, onde foram aplicados os mesmos procedimentos, não foram constatadas omissões de saída.

Ao concluir, mantém integralmente a autuação, tendo em vista que o contribuinte não apontou nenhum erro ou irregularidade para lastrear a sua pretensão.

Infração 2 - Diz que o ilustre mandatário ao menos se deu ao trabalho de consultar os demonstrativos ou pelo menos corrigir seu modelo de impugnação, posto que se referiu aos anexos 04, 04-A e 04-B, que não dizem respeito a esta autuação.

Salienta que o impugnante não aponta qualquer erro ou falha nos levantamentos, limitando-se a alegar que na transferência de produtos, tal operação não constitui fato gerador de ICMS e que a nossa legislação é inconstitucional, além de contrariar entendimento de tribunais. Sobre a alegação defensiva, segundo a qual apenas a circulação jurídica é que deveria ser objeto de tributação e não a circulação física, diz não proceder, pois todas as notas de transferências objeto da autuação foram tributadas, porém, com a base de cálculo inferior à devida.

Transcreve os art. 70, seu § 5º, do RICMS/89 e 53, seu inciso I, além do arts. 53 e 56, seus incisos I, II e IV e de suas alíneas, “d” e “b”, do RICMS/96 e RICMS/97, respectivamente, que tratam da base de cálculo do ICMS, para embasar a sua alegação.

Infração 3 - Esclarece que nos documentos fiscais de fls. 585, 586 e 587, está consignado como “consumo interno” a destinação dos produtos. Diz que o autuado em sua defesa tenta criar suas próprias normas, segundo a qual todo ICMS incidente na aquisição de bens ou mercadorias, independente da destinação que lhes vier a ser dada (revenda, uso, consumo ou integração no ativo fixo), deve ser utilizado como crédito fiscal independente do termo inicial fixado na Lei nº 87/96, além de alegar que a nossa legislação infraconstitucional contraria o princípio da não cumulatividade e, portanto, a nossa Carta Magna.

Conclui, dizendo que o autuado não apresenta fatos dignos de nota em relação à autuação para informá-la, motivo pelo qual a mantém em sua totalidade.

Infração 4 - Salienta que o contribuinte fornece o nitrogênio líquido, com simultânea prestação de serviços, os quais são denominadas de Purgas de Sistemas, Secagens, Deslocamentos de Fluídos e Testes de Pressurização. Para documentar a operação, o autuado emite nota fiscal do produto com destaque do ICMS, conforme documentos às fls. 609 a 612, enquanto para os respectivos serviços, os quais não estão compreendidos na competência tributária dos municípios, emite nota fiscal com destaque do ISS, conforme documentos às fls. 614 a 617.

Sobre a alegação defensiva, de que executa os serviços no interior de seu estabelecimento, diz não prosperar, pois todas as operações são realizadas nas instalações das empresas USIBA, PRONOR, COPENE, METANOR, etc.

Continuando a sua argumentação, esclarece que efetivamente houve a tributação no fornecimento das mercadorias, porém, a base de cálculo aplicável foi inferior a devida, pois, o autuado não incorporou as prestações de serviços faturadas aos clientes.

Para embasar a sua alegação, transcreve artigos do RICMS/89 e do RICMS/97.

Conclui dizendo ser procedente e justa a autuação também neste item, com base na legislação acima.

Infração 5 - Aduz que o contribuinte foi devidamente intimado durante a ação fiscal, conforme documento à fl. 21, para apresentar a documentação comprobatória da efetiva entrada, no estabelecimento, do bem do ativo imobilizado, fato ocorrido no mês de dezembro/96, bem como do recolhimento do imposto em favor do Estado da Bahia. Como nada apresentou, foi glosado o respectivo crédito fiscal.

Sobre as GNR's apresentadas quando da impugnação, esclarece que as operações ocorreram em julho/96, anterior a 1º/11/96, quando através da Lei nº 87/96, foi deferido o direito ao crédito fiscal sobre compras de ativo permanente.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja considerado procedente.

Foram anexados aos autos os documentos de fls. 1622 a 1625, os quais dizem respeito a uma petição do autuado, em que apresenta a cópia do DAE referente ao recolhimento do imposto relativo ao item 6 e de uma procuração outorgada pela empresa as pessoas que indica e os respectivos poderes.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, face à controvérsia entre a defesa e a autuação no tocante às infrações 1 e 4, foi proposta por este relator e aceita pela 4ª JJF, a sua conversão em diligência a ASTEC, para que auditor fiscal a ser designado efetuasse as verificações fiscais para dirimir o impasse.

Cumprida a diligência, o Auditor Fiscal incumbido de sua realização, através do Parecer da ASTEC nº 0249/2001 (fls. 1630 a 1633), descreveu, inicialmente, o que foi solicitado pelo relator, os argumentos defensivos quanto as infrações 1 e 4, bem como a metodologia utilizada por ocasião dos trabalhos diligenciais.

Ao finalizar, apresentou as seguintes conclusões:

Infração 1

a) Que o levantamento fiscal, com base apenas na movimentação de estoques de nitrogênio e oxigênio em estado líquido, sem levar em conta o consumo interno para produção de gases de nitrogênio e de oxigênio, torna-se incompleto;

b) Que no seu entendimento, além do levantamento do nitrogênio e do oxigênio líquido, a auditoria de estoques deve considerar a baixa de estoques para a produção de nitrogênio e de oxigênio em estado gasoso (por vaporização) e se houve a efetiva saída desses gases acompanhada de documentação fiscal, bem como devem ser levados em conta os índices de perdas no processo de produção de gases, no levantamento quantitativo de estoques;

c) Que concluiu que a omissão de saídas de produtos encontrada no levantamento fiscal não se corrige apenas com a inclusão dos ME's, uma vez que há necessidade de verificar se as saídas de nitrogênio e oxigênio em estado líquido, foram, efetivamente, destinadas à produção de gases conforme afirma o autuado, bem como se toda a produção de gases saiu acobertada de documentação fiscal;

d) Que considerando a necessidade de estender o levantamento fiscal a outros produtos que não foram objeto da presente autuação, “esta assessoria” entende que tal procedimento não pode ser objeto de revisão fiscal.

Infração 4

Esclarece que o autuado apresentou um relatório detalhado acerca dos serviços prestados, onde ficou evidenciada a utilização do nitrogênio para a limpeza, deslocamentos de fluídos e testes de pressurização dos equipamentos e tubulações. Acerca da vinculação dos referidos serviços ao fornecimento do produto, concluiu, com base no laudo técnico apresentado, ora anexado aos autos, que o nitrogênio é um produto indispensável para a realização daquelas atividades.

Face o resultado da diligência da ASTEC, foram cientificados o autuado e o autuante para sobre ela se manifestarem, no entanto, apenas o preposto fiscal o fez às fls. 1767 a 1771, tendo discordado da sua conclusão quanto às infrações 1 e 4.

Ao retornar a esta Junta para julgamento e por não ter o diligente dirimido de forma satisfatória a controvérsia em relação às infrações 1 e 4, conforme salientou o autuante em sua nova manifestação, o qual solicitou a realização de perícia a ser executada por engenheiro químico, com experiência em plantas petroquímicas, foi proposta por este relator e aceita pela 4ª JF, uma nova diligência a ser realizada pela IFEF, que possui em seu efetivo auditor fiscal com tal formação.

Cumprida a diligência de fls. 1777 e 1778 dos autos, o auditor fiscal designado, descreveu, inicialmente, o que foi solicitado pelo relator, bem como fez um resumo dos argumentos defensivos e da informação fiscal prestada pelo autuante.

Em seguida, disse que após realizar as diligências necessárias à revisão solicitada e da análise da documentação acostada ao PAF, bem como das verificações dos documentos fiscais e dos controles auxiliares no estabelecimento autuado, assim concluiu:

a) Que a alegação do autuado de que o autuante não levou em conta os ME's de vaporização não procede, conforme demonstrado no levantamento dos ME's de produção (cód. 17), menos as ME's de vaporização (cód. 19). Segundo o diligente, o autuante utilizou as planilhas de custo (fls. 544 a 582), que dão a produção líquida efetiva do mês, no entanto, ele considerou a produção de oxigênio líquida de janeiro nula, quando na realidade, neste mês houve uma vaporização maior que a produção, ou seja, uma "produção negativa". Assim, a vaporização maior que a produção no mês de jan/96 fez a produção líquida efetiva anual diminuir em 153.264,00m3, que foi a única diferença encontrada;

b) Que com a diminuição na produção anual de oxigênio líquido, houve uma redução no valor da infração 1, cujo imposto devido passou a ser de R\$93.190,95, conforme revisão do levantamento quantitativo de estoque (Anexo 01), onde realçou em vermelho os valores modificados.

Em razão da diligência da IFEF, o autuado foi regularmente notificado pela repartição competente para se manifestar, oportunidade que foi fornecida cópia da mesma, conforme intimação e AR às fls. 1851 e 1852 do PAF, no entanto, silenciou a respeito.

VOTO

Inicialmente, ressalto que não se incluem na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação do ICMS, a teor do que dispõe o art. 167, I, do RPAF/99.

Adentrando no mérito da autuação e após a análise das peças que compõem o presente PAF, constata-se que o autuado em sua defesa reconheceu a infração 6, fato que demonstra o acerto da ação fiscal, pelo que mantenho a autuação.

Sobre as demais infrações imputadas, em que o autuado impugnou o lançamento fiscal, o meu posicionamento a respeito das mesmas é o seguinte:

Infração 1 - Refere-se à falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o

respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Em sua defesa, o autuado questionou que o autuante incorreu em equívoco no levantamento realizado, o que ensejou por parte deste relator, e aceita pela 4ª JJF, a conversão do PAF em diligência a IFEP, para que auditor fiscal, com formação em engenharia, efetuasse uma revisão fiscal.

Cumprida a diligência de fls. 1777 a 1778, o diligente concluiu que efetivamente o autuante incorreu em equívoco, no entanto, remanesceu uma diferença de saídas, com ICMS devido de R\$93.190,95, cuja diferença não foi objeto de questionamento por parte do autuado ao ser intimado pela IFEP para sobre ela se manifestar, conforme intimação e AR às fls. 1851 e 1852. Interpreto o silêncio do autuado como um reconhecimento tácito do montante do imposto apontado pelo diligente como devido para a infração.

Desse modo, considero parcialmente correta a exigência fiscal, uma vez que a diferença nas quantidades de saídas se constitui em comprovação suficiente da realização de operações de vendas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o pagamento do imposto correspondente.

Infração 2 - Diz respeito a saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado neste Estado, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção.

Para instruir a ação fiscal, foram anexados aos autos pelo autuante às fls. 205 a 534 diversas planilhas com os cálculos do imposto devido, as quais não foram objeto de questionamento pelo autuado em sua defesa, que se limitou a alegar que na operação não há incidência do ICMS.

Entendo sem nenhum fundamento o argumento defensivo, já que o RICMS/89, em seu art.1º, § 1º, I, diz que ocorre o fato gerador do imposto no momento da saída de mercadoria a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular.

Acerca das decisões citadas pela defesa às fls. 649 a 651, que reconheceram a não incidência do ICMS nas operações de transferências, esclareço que no âmbito deste CONSEF, o entendimento é diferente, qual seja, de que tais operações são tributadas.

Ademais, como salientou o autuante em sua informação fiscal, o autuado tributou as saídas por transferência que realizou, destacando o imposto nos documentos fiscais e se debitando nos livros fiscais, porém, em valor inferior ao previsto na legislação. De acordo com o autuante, o autuado teria que utilizar para fins de cálculo do ICMS, o valor do custo de produção. Desse modo, cai por terra o argumento defensivo de que não incide o ICMS nas operações de transferências.

Com base na explanação acima, considero correto o procedimento do autuante, o qual tem respaldo legal no § 5º, do art. 70, do RICMS/89, devendo, por isso mesmo, ser mantida a autuação.

Infração 3 - Reporta-se a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento.

Ao se defender da acusação, o autuado disse que tem o direito constitucional de creditar-se de todo o ICMS que incidiu na aquisição de bens ou mercadorias, independentemente da destinação que lhes vier a ser dada (revenda, uso, consumo ou integração ao ativo permanente).

Sobre a autuação, conforme já abordado no início deste voto, não compete a este CONSEF decidir acerca da inconstitucionalidade da legislação do ICMS, ao vedar a apropriação dos créditos fiscais, referentes a mercadorias adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, cuja vedação está prevista no art. 97, II, do RICMS/89.

Em razão do acima expendido, entendo que foi correto o procedimento do autuante, ao exigir o estorno do crédito fiscal indevidamente apropriado pelo autuado e mantenho a autuação.

Infração 4 - Originou-se de recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias regularmente escriturada, pelo fato do contribuinte não incorporar os valores correspondentes aos serviços cobrados.

Para documentar a infração, o autuante fez a juntada aos autos do Anexo 05 (fl. 541), bem como das cópias das notas fiscais de prestação de serviço emitidas pelo autuado no período objeto da autuação.

Em sua defesa, o autuado aduziu que atendeu ao disposto na Lei Complementar nº 87/96, ao executar no interior do seu estabelecimento, prestações de serviços não compreendidos na “Lista de Serviços” instituída pela Lei Complementar nº 57/86, imediatamente emitiu as competentes notas fiscais correspondentes às mercadorias empregadas nos serviços executados, cujas alegações são destituídas de fundamento legal, pelas seguintes razões:

I - É que a Lei Complementar nº 87/96, somente foi editada no mês de outubro/96, ou seja, em data posterior aos fatos geradores objeto desta exigência, que abrangeu o período de março/95 até o mês de junho/96;

II – De acordo com os contratos anexados aos autos, as operações não são realizadas no interior do estabelecimento como afirmado na defesa e sim no estabelecimento do cliente contratante.

Em relação à autuação, com base nas cópias das notas fiscais de prestação de serviços emitidas, entendo razão assistir ao autuado, pelos seguintes motivos:

a) Ao emitir as notas fiscais o autuado consignou os termos “PURGA DE SISTEMAS”, “TESTES DE PRESSURIZAÇÃO”, “DESLOCAMENTO DE FLUIDOS”, etc., cujos serviços corresponderia ao item 79 da Lista de Serviços a que se refere o art. 8º, do Decreto-Lei nº 406/68 e suas alterações posteriores, o qual diz respeito à locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil;

b) Ora, a atividade do autuado é a industrialização e comercialização de nitrogênio e não de locação de bens móveis, portanto, ao contratar o seu fornecimento junto ao cliente, deveria incorporar ao valor de venda do produto a parcela da prestação de serviço (valor da mão de obra, encargos, aluguel do equipamento, etc.), conforme previsto no art. 70, I, parágrafo 2º, I, do RICMS/89.

Com base na explanação acima, entendo comprovada a infração, pelo que a mantenho a exigência fiscal.

Infração 5 - Decorreu da utilização indevida de crédito fiscal, referente aquisição de bens para o ativo fixo.

Como suporte para a autuação, foi anexado aos autos pelo autuante o Anexo 06, bem como das cópias das notas fiscais de entradas nºs. 278 e 279, de emissão do autuado (fls. 542, 618 e 619), referente à importação de peças para bomba de oxigênio – anéis de vedação e selos mecânicos, impelidor e válvula suplementar.

Segundo o autuante, a referida importação foi efetuada por estabelecimento situado em outra unidade da Federação, sem a apresentação da documentação correspondente e a prova do recolhimento do imposto em favor do Estado da Bahia.

Com referência a defesa formulada, não acato o argumento defensivo, segundo o qual a empresa não incorreu em descumprimento de norma legal. É que a importação e o desembaraço aduaneiro ocorreram no mês de julho/96, ou seja, antes da vigência da Lei Complementar nº 87/96, a qual, em seu art. 20, permitiu a utilização do crédito fiscal de bens para integrar o ativo fixo do estabelecimento, a partir do mês de novembro/96. Assim sendo, entendo correta a exigência fiscal e mantenho a autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$195.626,59.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279100.0002/00-2**, lavrado contra **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$195.629,59**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$65.231,27, de 60% sobre R\$12.879,88, de 70% sobre R\$93.190,95 e 100% sobre R\$24.327,49, previstas no art. 61, II, “a” da Lei nº 4.825/89, II, “a” da citada lei, alterada pela Lei nº 6.934/96, art. 42, III, e IV, “j” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, homologando-se o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2003.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR