

PROCESSO - A.I. Nº 271330.0002/02-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
RECORRIDOS - POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0052-02/04
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 10/09/04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0279-11/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Diligência revisora traz aos autos comprovação de que parte dos materiais trata-se de produtos intermediários que participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição, e que houve erro no levantamento do débito. Infração parcialmente procedente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Tratando-se de parte dos mesmos materiais de que cuida o item anterior, é devido o pagamento do diferencial de alíquotas. Infração parcialmente caracterizada. 3. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Restando comprovado que o imposto foi compensado no regime normal de apuração, não subsiste a infração. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR. FALTA DE INCLUSÃO DAS DESPESAS ADUANEIRAS E APLICAÇÃO INCORRETA DA TAXA CAMBIAL. É devida a inclusão na base de cálculo de todas as despesas pagas ou debitadas, e a aplicação da taxa cambial vigente no dia anterior ao desembaraço aduaneiro. Infração caracterizada. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas. Corrigidos erros na auditoria de estoques através de documentos fiscais apresentados na defesa através de revisão fiscal. Rejeitada a decadência de parte do lançamento do item 4 (maio a setembro de 1997), suscitada de ofício pelo relator. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime quanto às infrações 1, 2 e 5. Vencido o voto do relator quanto a preliminar de decadência. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime em relação às infrações 4 e 5, e decisão não unânime quanto às infrações 1 e 2.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte e de Recurso de Ofício declarado na própria Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, em razão do cometimento das seguintes infrações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$ 640.945,22, no exercício de 1997, referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 11 a 31 (Anexo A).
2. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 101.051,14, no exercício de 1997, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 32 a 44 (Anexo B).
3. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, no total de R\$8.046,97, no mês de novembro de 1997, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, referente ao serviço prestado por terceiro no fornecimento de refeições, conforme demonstrativo à fl. 45 (Anexo C).
4. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$22.004,63, nos meses de maio a dezembro de 1997, devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, conforme demonstrativos às fls. 46 a 47 (Anexo E).
5. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$3.887.526,22, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis no valor de R\$22.867.801,29, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, relativo ao exercício de 1997, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, ou seja, o das saídas tributáveis, conforme demonstrativos às fls. 48 a 101.

Sustenta a Decisão da 2ª JF, ora recorrida:

- analisando a preliminar de nulidade de preterição ao direito de defesa, em virtude da alegação de lavratura de dois Autos de Infração em nome do contribuinte, relativos ao mesmo período, por inexistir nos autos cópia do alegado Auto de Infração nº 271330.0003/02-9, e a cópia da autorização do Inspetor Fazendário para sua lavratura, tal omissão foi devidamente sanada a pedido desta Junta, tendo sido acostado às fls. 2.250 e 2.254 a 2.256 tais documentos, cujo referido processo trata de ocorrência completamente diversa da que cuida os autos. Considera que o pleito do contribuinte não se enquadra no inciso II, do artigo 18, do RPAF/99, pois ele neste processo teve por mais de uma vez a oportunidade de exercer a ampla defesa, como bem demonstram os seus recursos defensivos constantes às fls. 122 a 131, 978 a 980, e 2.272 a 2.275, inclusive, no caso do outro Auto de Infração de nº 271330/0002/02-2, a informação fiscal constante às fls. 135 a 137 nos leva a conclusão de que o contribuinte também impugnou o lançamento no prazo legal. Por isso, rejeita esta preliminar de nulidade, já que a lavratura de dois Auto de Infração, referentes a fatos distintos não trouxe ao sujeito passivo neste processo qualquer prejuízo a ampla defesa e ao contraditório.
- a preliminar de nulidade da infração 04, argüida no primeiro Recurso de Ofício, não deve prosperar, pois é sabido que de acordo com o art. 58, I, “e”, do RICMS/97, um dos itens que compõe a base de cálculo, para fins de determinação da base de cálculo nas importações, é: *“quaisquer despesas aduaneiras cobradas ou debitadas do adquirente, relativas ao*

adicional ao frete para renovação da marinha mercante, adicional de tarifa portuária, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração”, e no caso, o contribuinte bastaria examinar os documentos que estão de sua posse e que compõem o processo de cada importação, e provar que os valores consignados estariam errados. Além disso, a questão foi devidamente esclarecida na revisão fiscal de que os valores consignados no Anexo E (docs. fls. 46 a 47), se referem a Armazenagem e Capatazia, e estão devidamente comprovados através dos documentos à fl. 1005-A fornecido pelo próprio contribuinte, o qual, ao tomar conhecimento da revisão fiscal não se insurgiu a ela.

- quanto ao mérito, do exame cuidadoso de tudo o mais que consta nos autos, e com base no Parecer ASTEC nº 0168/2003 (docs. fls. 991 a 996), concluí o seguinte:

Infração 1 – o sujeito passivo alegou que, com exceção de SOLVENTE DE TINTA e FITA ADESIVA, que considera como materiais de embalagens utilizados no cintamento e na identificação dos pallets, os demais produtos tratam-se de insumos que atuam diretamente no processo produtivo do estabelecimento, e que tem direito aos respectivos créditos fiscais com fulcro nos artigos 49, II e 51, III da Lei nº 4.825/89, e nos artigos 28 e 29 da Lei nº 7.014/96, e que os mesmos já foram objeto de ação fiscal anterior julgada improcedente, conforme Acórdão nº 1546/99 da 4ª JFF, confirmada pela Câmara Superior através do Acórdão CS nº 0015-21/02.

Quanto à jurisprudência do CONSEF citada pelo sujeito passivo (Acórdãos JFF nº 1546/99 da 4ª JFF e CS nº 0015-21/02), observa que a mesma não pode ser utilizada neste caso por se referir a matéria diversa da que trata este item. Ressalta como fundamento da Decisão para esta infração os esclarecimentos trazidos aos autos pela revisão fiscal, e também como paradigma o julgamento desta Junta através do Acórdão JFF nº 0186-02/02, no qual foi decidido por unanimidade que os produtos HIPOCLORITO DE SÓDIO; FREON e ÁCIDO CLORÍDICO, por serem utilizados no tratamento de água de refrigeração e no tratamento de efluentes não participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição. Os produtos ADSORVENTE DE CATALISADOR E OPSTLANG PL, foi suficientemente demonstrado na revisão fiscal que são produtos intermediários diretamente afetados ao processo de produção. Quanto aos demais produtos, pela descrição de suas utilizações no processo industrial, verifica-se que a natureza de cada um indica que não foram utilizados no processo produtivo e consumidos a cada etapa de produção como elemento indispensável ao produto final, eis que, tratam-se de materiais para manutenção de equipamentos, tratamento de água de refrigeração, tratamento de efluentes, produtos que atuam como detergentes na limpeza dos dutos, filtros e aditivo de água. No caso dos créditos fiscais relativos a SOLVENTE DE TINTA e FITA ADESIVA, os esclarecimentos do sujeito passivo acerca de suas utilidades e confirmado na revisão fiscal, são suficientes para o convencimento de que os mesmos foram utilizados na embalagem do produto para identificação e cintamento dos pallets, o que torna legítima a apropriação de tais créditos fiscais. Quanto aos valores consignados em duplicidade, triplicidade e até em quintuplicidade, este relator já havia observado tal irregularidade, tendo deixado para o momento oportuno proceder às devidas exclusões, que ora o faz, juntamente com os valores relativos a ADSORVENTE DE CATALISADOR; OPSTLANG PL; SOLVENTE DE TINTA e FITA ADESIVA, conforme demonstrativos constantes às fls. 2291 a 2293.

Infração 2 – este item está correlacionado com o item precedente, sendo constatado também a inclusão indevida de notas fiscais referentes a ADSORVENTE DE CATALISADOR; OPSTLANG PL; SOLVENTE DE TINTA e FITA ADESIVA, além da inclusão em duplicidade das notas fiscais relacionadas no item 1. Pelas conclusões anteriores, as mercadorias foram adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, sendo devido o pagamento da diferença de alíquotas, conforme previsto no artigo 5º, inciso I, do RICMS/97, com exceção das notas fiscais relativa aos itens citados como indevidos. Excluindo-se tais documentos fiscais resulta no demonstrativo constante à fl. 2294.

Infração 3 – analisando os documentos constantes às fls. 193 a 198, observa que deve ser acatada a alegação defensiva de que o imposto relativo às Notas Fiscais nºs 293, 292 e 9468 foi compensado no mês de novembro de 1997, pelo regime normal de apuração, pois, embora na cópia do Registro de Apuração do ICMS acostada aos autos apenas, exista uma anotação no campo destinado a recolhimentos, de acordo com a informação prestada pelo revisor fiscal o imposto devido por diferimento, foi compensado pelo regime normal da empresa. Portanto, restando provado que o imposto foi pago através do regime normal, não procede este item da autuação.

Infração 4 – ao analisar a preliminar de nulidade deste item foi verificado que o cálculo elaborado para determinação da base de cálculo do imposto devido nas importações de mercadorias do exterior, constantes no demonstrativo às fls. 46 a 47 (Anexo E), levou em conta o preço FOB da mercadoria, o frete, com a respectiva conversão cambial, os impostos federais (II e IPI), e por último, as despesas aduaneiras, sendo impugnadas pelo sujeito passivo, apenas os valores relativos às despesas aduaneiras, a pretexto de que não foram identificados os valores a elas inerentes. Embora entenda que caberia ao contribuinte fazer a sua demonstração e comprovação dos valores relativos a despesas aduaneiras que considera como corretos, mesmo assim, considerando o resultado da revisão fiscal de que os valores se referem a Armazenagem e a Capatazia, e estão devidamente comprovados através dos documentos relacionados à fl. 1005-A dos autos, fornecido pelo próprio autuado, conclui que restou dirimida a questão, sendo perfeitamente devidos incluí-los para fins de apuração do imposto devido nas importações constantes no demonstrativo de fls. 46 a 47. Assim, considerando que o cálculo do imposto devido nas importações de mercadorias do exterior constantes nas DI's relacionadas no demonstrativo que instrui a ação fiscal obedeceu estritamente ao disposto no art. 58, I, "e", do RICMS/97, considero subsistente a autuação.

Infração 5 – o débito exigido neste item foi apurado por meio de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, conforme levantamentos e demonstrativos às fls. 48 a 101, sendo o mesmo impugnado com base na alegação de que não foram contempladas as notas fiscais constantes às fls. 149 a 191, e 200 a 976, das quais, o autuante após analisá-las informou que apenas a de nº 23589, correspondente ao produto G-803 deve ser incluída, tendo procedido a devida modificação no levantamento inicial, resultando no demonstrativo à fl. 146. As demais notas fiscais não foram acatadas, em razão de terem sido emitidas pela Politen Linear Indústria e Comércio S/A. Para esclarecer a questão o processo foi submetido a revisão fiscal, cujo funcionário que a realizou (docs. fls. 991 a 2.241), elaborou novo demonstrativo à fl.1100, sem a inclusão das notas fiscais da Politen, resultando na diminuição do débito para a cifra de R\$ 106.242,89, cujo resultado foi acatado pelo contribuinte, e contestado pelo autuante através do demonstrativo à fl. 2.265. Portanto, a esta altura processual, o meu voto levará em conta estes dois últimos demonstrativos, os quais, comparados entre si, resulta no seguinte:

COMPARATIVO ENTRE OS DEMONSTRATIVOS ÀS FLS.1.100 e 2.265

	EST.INICIAL		ENTRADAS		EST. FINAL		SAÍDAS	
	1	2	1	2	1	2	1	2
PRODUTOS								
SA-57	111,27	111,27	15.194,67	14.030,93	143,80	143,80	8.840,580	8.840,580
IA-59U3	99,63	99,63	11.344,22	10.612,14	332,40	332,40	5.911,950	5.809,950
IA-59	389,65	389,65	4.385,86	3.869,20	99,65	99,65	2.583,050	2.332,550
IA-58	322,70	322,70	8.451,63	7.619,27	301,60	301,60	3.646,030	3.646,030
ZC-55D	-	-	27,96	26,90	-	-	26,900	26,900
AA-59	134,88	134,88	4.927,79	3.869,20	11,85	11,85	3.398,180	3.359,180
G-803	127,35	127,35	5.495,23	5.593,96	139,08	139,08	3.595,650	3.566,650
FC-31D	60,98	60,98	20.200,13	19.051,55	36,53	36,52	11.806,820	10.699,502

1 = REVISÃO FISCAL 2 = AUTUANTE

Na comparação acima, nota-se que os estoques iniciais, as entradas e os estoques finais são idênticos entre os dois demonstrativos, enquanto que as quantidades das saídas divergem em

vários itens. As divergências nas saídas são decorrentes do fato do revisor fiscal ter computado no levantamento nos itens IA-59U3 (102,0), IA-59 (250,50), AA-59 (36,00), G-803 (29,00) e FC-31D (1.107,32), as quantidades citadas correspondentes às notas fiscais de industrialização de terceiros com CFOP 513; 613 e 712, constantes nos documentos às fls. 2.266, 2.267 e 2.268. Entendo que realmente não devem ser consideradas as citadas notas fiscais, pois o trabalho fiscal está baseado nas quantidades de produção própria, e não tendo sido comprovada a contabilização das aquisições recebidas de terceiros, não é devido lançar no levantamento as notas de saídas a título de industrialização de terceiros, pressupondo-se que no caso dos estoques iniciais e finais, e das entradas consignadas na auditoria de estoque não estão incluídas as quantidades de terceiros, haja vista que o autuado nada demonstrou nesse sentido. Além disso, também devem ser excluídos do levantamento elaborado pelo revisor fiscal, os produtos “combustível” e “soda cáustica”, que embora tenham apresentado diferenças na auditoria de estoques, tais produtos não fazem parte do levantamento inicial que embasa a autuação. Assim, o débito deste item fica reduzido para a cifra de R\$ 371.852,95, conforme quadro constante às fls. 2295 e 2296.

Conclui pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$ 704.154,54, ficando o demonstrativo de débito modificado para o quadro existente à fl. 2296.

Em atendimento ao disposto no art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00 a 2ª JF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Insatisfeito com a referida Decisão o recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega as seguintes razões:

- discorre sobre o processo produtivo da empresa;
- na manifestação do autuante recepcionada pelo julgador como “Nova Informação Fiscal” à Revisão, o próprio preposto fiscal traz à baila a nulidade da infração 5.

O caminho tomado pelo revisor foi o mesmo do autuante. A partir das “demonstrações” que o autuante denomina de “meros relatórios gerenciais”, e do banco de dados das notas fiscais foram extraídas todas as informações que respaldam a ação fiscal.

- o autuante confessou que utilizou base de dados de meros “*relatórios gerenciais (fichas de movimentação de estoque)*” que “*não podem substituir a documentação fiscal/contábil.*” e como fruto destes dados obteve uma diferença de estoques que imputou ao recorrente. Na sua peça fiscal questiona o valor e legalidade da documentação que utilizou dando margem à conclusão de que a base de cálculo é incerta e insegura, nula, portanto, na forma do art. 18 do RPAF.
- no mérito aduz o seguinte:

INFRAÇÃO 1 – inadmissível a manutenção dos insumos desativador de catalisador, argônio, bola cerâmica, fluido térmico e peneira molecular. Não consegue entender o motivo pelo qual a SEFAZ permite que outras empresas do mesmo seguimento econômico utilizem-se do crédito fiscal do insumo fluido térmico, não exija o ICMS diferencial de alíquota, mas o faz em relação ao recorrente. Curiosamente, às empresas de 3ª geração de polímeros, instaladas no CIA, são asseguradas este direito, enquanto que as de 2ª geração, instaladas no Pólo Petroquímico são excluídos.

INFRAÇÃO 2 – em relação à infração 2 refuta a glosa dos créditos fiscais referentes aos mesmos insumos desativador de catalisador, argônio, bola cerâmica, fluido térmico e peneira molecular na forma dos esclarecimentos anteriores.

INFRAÇÃO 4 – a Decisão pune o recorrente com esta imputação quando não exclui do demonstrativo as importações referentes a insumos e bens destinados ao ativo fixo (crédito fiscal

assegurado pelo art. 93, I, “b” e V, “a” do RICMS), assim como parte dos valores referentes a peças de reposição por não obedecer ao que ensina o art. 106, do CTN.

Reconhece que restou unicamente na hipótese da inclusão das despesas aduaneiras na base de cálculo das importações de peças de reposição o recolhimento a menor do ICMS, pelo que requer a procedência parcial desta infração, exigindo-se somente este último quantum.

Passível de reforma a Decisão desta infração no tocante à exclusão das importações de insumos e ativo fixo, por previsão legal do direito ao crédito fiscal assim como a aplicação do que dispõe o art. 106 do CTN em relação à diferença apurada devido à utilização da taxa cambial, não mais previsto como transgressão legal à data da lavratura do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 5 – esta não pode ser mantida à luz do que dispõe o RPAF em seu art. 2º, em especial na obediência ao princípio da busca da verdade material.

Reporta aos esclarecimentos prestados sobre o processo operacional.

Requer a reforma da Decisão determinando a inclusão das notas fiscais de saídas em retorno de industrialização para a Decisão da lide.

A representante da PGE/PROFIS sugeriu que o presente PAF fosse remetido em diligência para que fossem consideradas as razões recursais, bem como os documentos referentes à infração 5.

Esta CJF indeferiu o pedido de diligência, por entender que os documentos existentes no PAF eram suficientes para formação do seu entendimento.

A representante da PGE/PROFIS em sua manifestação sustenta que sejam aceitos os argumentos do recorrente em relação ao item 5 da autuação, e seguindo a diligência efetuada pela ASTEC constante dos autos às fls. 991 a 2241 seja conseqüentemente reduzido o valor do débito e julgado parcialmente procedente o item 5.

Quanto aos itens 1 e 2 entende correto o entendimento da 2ª JJF.

Em razão disso, opina pelo Provimento Parcial do presente Recurso Voluntário para julgar Parcialmente Procedente o item 5 do presente Auto de Infração.

VOTO VENCIDO (QUANTO A DECADÊNCIA DE PARTE DA EXIGÊNCIA DO ITEM 4)

Inicialmente verifico nos autos que o débito existente na infração 4 referente ao período de maio a setembro de 1997 encontra-se fulminado pela decadência, já que o prazo decadencial nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é o do art. 150 § 4º, do CTN.

De fato, o ICMS é um imposto submetido ao lançamento “*por homologação*”, de sorte que o objeto da homologação é a atividade exercida pelo sujeito passivo, isto é, homologa-se o pagamento antecipado efetuado, nos termos do art. 142 e 150 do Código Tributário Nacional.

Ora, a legislação em comento faz referência a homologação da atividade exercida pelo obrigado, razão porque nas hipóteses de lançamento “*por homologação*” admitimos como a única atividade realizada pelo particular suscetível de homologação, nos termos do art 150 do Código Tributário Nacional o pagamento.

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho¹ afirma “*aquilo que se homologa é o factum do pagamento antecipado, certificando-se autoridade administrativa da sua estrita conformidade com a legislação vigente*”.

A realização do pagamento antecipado pelo sujeito passivo pressupõe a averiguação da ocorrência do fato gerador, apurando o montante devido e definindo o sujeito passivo da relação

¹ CARVALHO, Paulo de Barros. “Lançamento por Homologação”- Decadência e Pedido de Restituição. **Repertório IOB de Jurisprudência**. Fev., 1997, n.º 3/97.

jurídica. Observa-se que tais atos praticados pelo particular configuram em verdadeiro lançamento, posto que compete dar liquidez a obrigação jurídica. Entretanto, formalmente, descabe falar em lançamento para as referidas atividades, uma vez que a sistemática do Código Tributário Nacional estabeleceu que o lançamento tributário é atividade exclusiva da autoridade pública (art. 142 do CTN).

Assim sendo, não havendo pagamento antecipado por parte do sujeito passivo, impossível será a homologação. De outro modo, havendo o pagamento antecipado compete ao Fisco à homologação deste e, caso o pagamento seja a menos sucederá na realização do lançamento de ofício para a constituição do crédito remanescente.

No caso em tela verificamos que o particular constituiu e pagou a menos o crédito tributário referente ao período de maio a setembro de 1997, iniciando-se, portanto, o prazo do Fisco para homologar o pagamento referido e constituir eventuais créditos remanescentes da ocorrência dos respectivos fatos geradores, conforme determina o art. 150, § 4º, do CTN.

Nessa direção o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento, *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA. TRIBUTOS SUJEITOS AO REGIME DO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. Nos tributos sujeitos ao regime do lançamento por homologação, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; a incidência da regra supõe, evidentemente, hipótese típica de lançamento por homologação, aquela em que ocorre o pagamento antecipado do tributo. Se o pagamento do tributo não for antecipado, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no artigo 173, I, do Código Tributário Nacional. Embargos de divergência acolhidos. (STJ, 1ª Seção, EResp. 101.407/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ: 08.05.00) (destaque nossos)

Com efeito, sendo apenas lavrado em 11.10.02 o Auto de Infração em comento, ocorreu a decadência do direito para fiscalizar/constituir crédito remanescente, sendo homologado tacitamente o crédito constituído pelo particular em relação a esta infração.

Outrossim, ressaltamos que descabe a aplicação do art. 28, § 1º, do COTEB que determina prazo diverso do supramencionado, posto que tal legislação não é veículo normativo hábil para alterar os prazos de decadência no âmbito tributário, uma vez que se trata de matéria reservada à Lei Complementar nos termos da alínea “b”, inciso III do art. 146 da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento nesse diapasão, *in verbis*:

“A questão da prescrição e da decadência, entretanto, parece-me pacificada. É que tais institutos são próprios de lei complementar de normas gerais (art. 146, III, b). Quer dizer, os prazos de decadência e de prescrição inscritos na lei complementar de normas gerais (CTN) são aplicáveis, agora, por expressa previsão constitucional, às contribuições parafiscais (C.F., art. 146, III, b; art. 149)”. (STF, Plenário, RE 148754-2/RJ, Voto do Min. Carlos Velloso, Jun/93)

Ante o exposto, embora não suscitado pelo recorrente, mas por se tratar de matéria de ordem pública, voto pelo conhecimento da decadência referente ao período de maio a setembro de 1997, tornando, por conseguinte, parcialmente insubsistente a infração 4.

No mérito, verifico, ainda quanto à infração 4, que não assiste razão ao recorrente, uma vez que restou comprovado nos autos, através dos documentos relacionados à fl. 1005-A fornecido por ele próprio, que os valores concernentes às despesas aduaneiras se referem à Armazenagem e a Capatazia, sendo perfeitamente devidos incluí-los para fins de apuração do imposto devido nas importações constantes no demonstrativo de fls. 46 a 47. Assim, considerando que o cálculo do

imposto devido nas importações de mercadorias do exterior constantes nas DI's relacionadas no demonstrativo que instrui a ação fiscal obedeceu estritamente ao disposto no art. 58, I, "e", do RICMS/97, considero subsistente o saldo remanescente da autuação.

Em relação à infração 1, com base no Parecer ASTEC nº 0168/03, partilho do entendimento da 2ª JF no sentido de que devem ser excluídos os valores relativos a ADSORVENTE DE CATALISADOR; OPSTLANG PL; SOLVENTE DE TINTA e FITA ADESIVA, conforme demonstrativos constantes às fls. 2291 a 2293.

Quanto aos demais produtos, pela descrição de suas utilizações no processo industrial, verifica-se que a natureza de cada um indica que não foram utilizados no processo produtivo e consumidos a cada etapa de produção como elemento indispensável ao produto final.

Da mesma forma, por estar correlacionada com o item anterior, constato também a inclusão indevida de notas fiscais referentes a ADSORVENTE DE CATALISADOR; OPSTLANG PL; SOLVENTE DE TINTA e FITA ADESIVA, além da inclusão em duplicidade das notas fiscais relacionadas no item 1, em relação à infração 2.

Por fim, no que diz respeito à infração 5, acolho o Parecer da douta representante da PGE/PROFIS no sentido de que restou provado nos autos, diante da peculiaridade do processo produtivo da empresa, que não há como se precisar quanto de insumo foi remetido por terceiros e quanto há de produção própria.

As quantidades trazidas pelo recorrente em relação à produção de terceiros foram obtidas nos mesmos relatórios que serviram de base para a apuração dos outros dados que integram o levantamento quantitativo realizado, logo não há razão para desconsiderá-los sob pena de se estar usando dois critérios para apuração das quantidades devidas.

Assim, acolho os argumentos do recorrente em relação ao item 5 da autuação, e seguindo a diligência efetuada pela ASTEC constante dos autos às fls. 991 a 2241, entendo que deve ser reduzido o valor do débito e julgado parcialmente procedente o item 5.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de ofício acolho o entendimento da 2ª JF e voto pelo NÃO PROVIMENTO.

VOTO VENCEDOR (QUANTO A DECADÊNCIA DE PARTE DA EXIGÊNCIA DO ITEM 4)

Sobre o tema "decadência", já me pronunciei em outras oportunidades, entre elas a que gerou o Acórdão CJP nº 0274-12/02, da 2ª CJP, nos seguintes termos:

"Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o recorrente.”

O argumento do relator do PAF está lastrado na decisão do Superior Tribunal de Justiça, transcrito no seu voto, onde consta que: “*Se o pagamento do tributo **não for antecipado**, já não será o caso de lançamento por homologação, hipótese em que a constituição do crédito tributário deverá observar o disposto no **artigo 173, I, do Código Tributário Nacional**.*” (grifo do relator do PAF)

Foi exatamente o que ocorreu na infração 4: o contribuinte ao deixar de considerar, na determinação da base de cálculo do imposto incidente sobre as importações, os valores correspondentes às despesas aduaneiras que se referem à Armazenagem e à Capatazia, deixou de lançá-los, porque o fez a menos, e conseqüentemente, não ocorreu o pagamento antecipado do imposto.

Assim, entendo que, também no presente caso, por se tratar de lançamento de ofício, via Auto de Infração, não se operou a decadência para o período de maio a setembro de 1997, pois o prazo que a Fazenda Pública Estadual teria para constituir o crédito tributário relativo a este findaria em 01-01-2003, e o Auto de Infração foi lavrado em 11-10-2002 e o contribuinte cientificado do mesmo em 17-10-2002.

Voto, então, pelo afastamento da preliminar de decadência, suscitada de ofício pelo relator do PAF, e no mérito acompanho o seu voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício (infrações 1, 2 e 5) interposto e, por unanimidade em relação às infrações 4 e 5, e, em decisão não unânime quanto às infrações 1 e 2, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 271330.0002/02-2, lavrado contra **POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$438.544,48**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$332.301,59 e 70% sobre R\$106.242,89, previstas no art. 42, II, “a” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

VOTO VENCEDOR (QUANTO A DECADÊNCIA DE PARTE DA EXIGÊNCIA DO ITEM 4): Conselheiros: **Ciro Roberto Seifert, Israel José dos Santos e Antônio Ferreira de Freitas.**

VOTO VENCIDO (QUANTO A DECADÊNCIA DE PARTE DA EXIGÊNCIA DO ITEM 4): Conselheiros (as) **Marcos Rogério Lyrio Pimenta, Eratóstenes Macedo Silva e Rosa Maria dos Santos Galvão.**

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR/VOTO VENCIDO (QUANTO A DECADÊNCIA DE PARTE DA EXIGÊNCIA DO ITEM 4)

CIRO ROBERTO SEIFERT – VOTO VENCEDOR (QUANTO A DECADÊNCIA DE PARTE DA EXIGÊNCIA DO ITEM 4)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR DA PGE/PROFIS