

A. I. Nº - 207103.0004/03-9

AUTUADO - POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A.

AUTUANTES - LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA e LINDINALVA RODRIGUES DA SILVA

ORIGEM - IFEP METRO

INTERNET - 16.08.04

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0288-03/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Alterados os valores exigidos mediante revisão efetuada pelos autuantes, e ratificados pela diligência fiscal efetuada pela ASTEC. **b)** OPERAÇÃO NÃO TRIBUTADA. SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO AO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO. Defesa não elidiu exigência fiscal. **c)** DESTAQUE DE IMPOSTO A MAIS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Infração não contestada pelo autuado. **d)** DOCUMENTO FISCAL LANÇADO EM DUPLICIDADE. Não houve impugnação pelo autuado **e)** SERVIÇOS DE TRANSPORTE INTRAMUNICIPAL. Infração comprovada mediante diligência fiscal. **f)** SERVIÇOS DE TRANSPORTE CLÁUSULA FOB. Refeitos os cálculos pelos autuantes de acordo com a comprovação apresentada na defesa, o imposto apurado ficou reduzido. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE USO OU CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando os bens são destinados ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração parcialmente elidida. **b)** SERVIÇO DE TRANSPORTE INICIADO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO, NÃO VINCULADO A OPERAÇÃO TRIBUTADA SUBSEQUENTE. Alterado o imposto exigido, conforme revisão efetuada pela ASTEC. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO OU EMPRESA TRANSPORTADORA NÃO INSCRITA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração elidida parcialmente. 4. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Extinta, administrativamente, a lide quanto a este item, em decorrência de ingresso do sujeito passivo em juízo relativamente à matéria objeto da autuação. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, sendo o valor das entradas omitidas superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto calculado sobre o valor das entradas não declaradas, com base na

presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Refeitos os cálculos por preposto da ASTEC, em decorrência dos documentos apresentados pelo contribuinte, ficou alterado o imposto exigido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2003, refere-se à exigência de R\$4.570.993,63 de ICMS, mais multa, em decorrência de:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$79.977,26 referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no exercício de 1998.
2. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$104.645,86, decorrente da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento, no exercício de 1998.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$3.086,91, referente a serviço interestadual ou intermunicipal não vinculado ao processo de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas, nos meses de fevereiro a dezembro de 1998.
4. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$7.601,04, decorrente da diferença de alíquota na utilização de serviço de transporte cuja prestação teve início em outra Unidade da Federação, não sendo vinculada à operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto, no exercício de 1998.
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.318,75, no mês de janeiro de 1998, em decorrência de destaque do imposto a maior em documentos fiscais. As NFs 863, 396 e 316 vieram com destaque do ICMS à alíquota de 12% quando a correta é de 7%, tendo o contribuinte se creditado pelo ICMS de 12%.
6. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$521,54, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de janeiro de 1998.
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$4.092,83, oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal, de Camaçarí para Camaçarí (da Polibrasil para a Politeno), nos meses de janeiro a dezembro de 1998.
8. Deixou de proceder a retenção do ICMS, no valor de R\$19.196,48, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviço de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses de março a dezembro de 1998.
9. Recolhimento efetuado a menos do ICMS, no valor de R\$9.241,27, 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 desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, no exercício de 1998.

10. Creditou-se indevidamente de ICMS, no valor de R\$228,46, referente a prestações de serviços de transporte cláusula FOB vinculadas às operações de vendas de mercadorias, nos meses de março, abril e maio de 1998.
11. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$4.341.083,23, constatado pela diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, no exercício de 1998.

O autuado apresentou impugnação, fls. 1160 a 1169 dos autos, se insurgindo contra o Auto de Infração, alegando que em relação à primeira infração, na ação fiscal foram glosados os créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisição de insumos utilizados diretamente no processo produtivo cujo direito à utilização está previsto no art. 93, inciso I, alínea “b”, e § 1º, alínea “c” e inciso II, do RICMS/97. Disse que os créditos se referem aos insumos hipoclorito de sódio, aditivos dispersantes, inibidor de corrosão e para sistema de resfriamento, sílica gel, bola cerâmica, diclorofluorometano freon 22, graxa silicone, etc. Informou que constatou várias notas fiscais relacionadas em duplicidade, onerando o crédito tributário em R\$26.665,86. Por isso, o valor reclamado correto é de R\$53.311,48, e não, R\$79.977,26.

Infração 02 – Disse que esta exigência é decorrente das aquisições dos insumos tratados na primeira infração. Alegou ainda, a existência de bens devolvidos de conserto em garantia, como as notas fiscais de números 1080, de 19/01/98, 6189, de 12/05/98 e 855, de 28/11/97, indagando se essa operação não teria caducado. Informou que são bens enviados para conserto dentro do prazo de garantia pelo fornecedor (CFOP 2.99).

Também citou a NF 3888, de 05/03/98, informando que se refere a pallet utilizado na movimentação dos produtos, e o mesmo ocorre com adesivo adquirido através da NF 628, de 17/03/98, para marcação das embalagens. Disse que também constatou no demonstrativo elaborado pelos autuantes a exigência de imposto nas aquisições de outros bens destinados ao ativo fixo do autuado, tais como indicador de nível, NF 11054, de 17/05/98; medidor de vazão, NF 11.208, de 27/05/98; comunicador Honeywell, NF 548, de 16/07/98; kit mídia Cybernética, NF 884, de 21/12/98, além de notas fiscais de devolução de bens do ativo remetidos para conserto, como válvula Worcester, NF 24.592, de 22/04/98 e NF 26.067, de 26/07/98. Disse que são exemplos, existindo outras notas fiscais da mesma natureza relacionadas no demonstrativo, e independente das aquisições dos insumos, não há como se exigir diferença de alíquota nas operações de devoluções em garantia, devoluções de conserto, material de embalagem e bens destinados ao ativo fixo, cujo crédito é assegurado desde 02/11/96.

Ressaltou ainda, que constatou notas fiscais em duplicidade, onerando o crédito tributário em R\$38.093,97. Por isso, o valor correto, excluindo-se as duplicidades é de R\$66.551,89, e não R\$104.645,86.

Infração 03 – Alegou que a glosa dos créditos fiscais está diretamente ligada à interpretação da primeira infração, ressaltando que o tratamento dado nesse caso ao frete rodoviário é de acessório à operação de aquisição dos insumos. Destacou que nas saídas isentas para a Zona Franca de Manaus o correspondente frete é tributado, não sendo considerado como operação acessória.

Infração 04 – Informou que se trata da mesma matéria da infração 02, relacionando desta vez ao frete. Pede a retificação dos valores referentes às aquisições dos insumos via transporte terrestre, considerando que o autuado apurou o montante de R\$4.687,29, e no Auto de Infração foi exigido o imposto no valor de R\$4.893,67.

Disse que também na relação de Conhecimentos de Transporte Aéreos o valor deve ser retificado, de R\$2.707,37 para R\$2.624,20, uma vez que há conhecimentos que se referem à aquisição de ativo imobilizado, sendo identificados também, CTRCs relacionados em duplicidade, o que altera o valor do crédito tributário de R\$7.601,04 para R\$7.311,49.

Infração 07 – O defendant alegou que está patente o recolhimento indevido pelo autuado referente às operações citadas, e o procedimento adotado pela empresa se baseou na interpretação do inciso II, do art. 101, do RICMS/97. Disse que entendeu que deveria se creditar do imposto em vez de requerer restituição dos valores, o que em nenhum momento configurou recolhimento a menos ou falta de recolhimento do imposto, e se pode até alegar descumprimento ao que determina o inciso II, do art. 136, do RICMS/97. Nesse caso, entende que a infração discutida poderia ser convertida em multa por descumprimento de obrigação acessória.

Infração 08 – Disse que constatou no mês 10/98 o CTRC de nº 4692, da Agropel computado em duplicidade, onerando o valor do crédito tributário em R\$76,84.

Infração 09 – Alegou que o recolhimento do imposto efetuado a menos não se traduziu em prejuízo para o Estado, uma vez que o ICMS gera direito imediato ao creditamento, ou seja, o imposto exigido seria recolhido e creditado instantaneamente no próprio mês de apuração, e a procedência da infração acarretará ao autuado meramente ônus dos encargos moratórios e multa, traduzindo-se em enriquecimento sem causa para o Estado, uma vez que não poderá haver o crédito.

Infração 10 – Argumentou que o fato ocorreu por terem sido emitidos indevidamente conhecimentos pelas transportadoras com a observação “Frete a pagar”, porém foram faturados e quitados pelo autuado, e regularmente escriturados no Registro de Entradas.

Infração 11 – O autuado alegou que tecnicamente é improcedente o levantamento fiscal uma vez que acusa o autuado de adquirir seus próprios produtos sem documento fiscal, e por se tratar de estabelecimento industrial, o autuado adquire insumos, excepcionalmente produtos industrializados para revenda, e os transforma em resina. Entende que a infração estaria correta se fosse exigido imposto sobre entrada de eteno, seu principal insumo, adquirido da Braskem, à época Copene. Neste caso, entende que a base de cálculo correta seria o preço médio do eteno e dos outros insumos. Por isso, alegou que se aplica ao caso o art. 18, do RPAF/99, por insegurança na base de cálculo e ausência de fundamentação legal.

Quanto ao levantamento fiscal, o autuado alegou que constatou erros de forma na sua plenitude, afirmando que os demonstrativos estão quase que totalmente incorretos, carecendo retificação. Disse que foram transportadas erroneamente do Demonstrativo de Custo Industrial quantidades produzidas e em determinados casos não foram consideradas; algumas reclassificações de resinas também não foram desprezadas, gerando distorções nas entradas de diversas resinas. Em relação às saídas, informou que a principal incorreção é a inclusão de notas fiscais de complemento de preço, que não configuram saída efetiva de resina. O defendant resumiu às fls. 1165 a 1168 as distorções que alegou ter constatado no levantamento fiscal.

Por fim, o defendant ressaltou que a ação fiscal apresenta números de alguma forma estranhos, em alguns casos pela inobservância de procedimentos operacionais do autuado, por isso, entende que é impossível o deslinde das questões sem uma revisão fiscal. Requer o julgamento improcedente das infrações discutidas nas razões de defesa, bem como a revisão da infração 11.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 4132 a 4149, esclarecendo que em relação ao primeiro item do Auto de Infração, o autuado foi intimado diversas vezes para regularizar seu arquivo magnético, que apresentava sérias inconsistências, gerando distorções. Quanto às notas fiscais que o autuado assinala como relacionadas em duplicidade, assim o foram por constar desse modo no arquivo magnético apresentado para a auditoria realizada, e o programa SAS, utilizado no roteiro de crédito indevido, não rejeita, nem acusa se há notas fiscais em duplicidade. Assim, os autuantes reconhecem que o autuado tem razão ao contestar os valores, por isso, foram efetuadas as devidas retificações, apontando o crédito remanescente a ser cobrado neste item, no valor de R\$53.311,48, conforme demonstrativo às fls. 4154 a 4159 do presente processo.

Infração 02 – Ressaltaram que este item está relacionado à infração anterior, e por isso, também foi retificado, conforme demonstrativo, fls. 4154 a 4159 dos autos. Quanto à NF 3888, de 05/03/98, informaram que se refere a Pallet enviado para testes, e o entendimento dos autuantes é de que mercadorias remetidas para testes não são incorporadas ao ativo imobilizado e/ou utilizadas como embalagem propriamente dita, haja vista que entendem que testar uma mercadoria é avaliar suas possibilidades de utilização ao limite, podendo inclusive inutilizar ou destruir a mercadoria durante o teste. Por isso, concluem que essa mercadoria deve ser considerada como de uso e consumo.

Em relação à NF 628, entendem que assiste razão ao autuado, porque se trata de adesivos que serão incorporados à embalagem, por isso, excluíram essa nota fiscal do levantamento realizado, destacando que em relação às outras solicitações do autuado, não houve atendimento às intimações para que pudessem avaliar a veracidade das alegações defensivas e não tiveram como aguardar o pronunciamento do contribuinte por mais tempo, devido à necessidade de cumprir as metas da Inspetoria. Assim, concluíram que após as retificações efetuadas resta ainda o crédito a ser reclamado no valor de R\$66.514,97.

Infração 03 – Disseram que o crédito reclamado neste item refere-se a produtos entendidos como de efetivo uso ou consumo, e a prestação do serviço de transporte dessas mercadorias não gera crédito, por isso, fica integralmente mantida esta infração.

Infração 04 – Informaram que o autuado foi intimado a apresentar as comprovações referentes às alegações defensivas para se fazer as necessárias avaliações, mas não houve atendimento ao solicitado, e devido ao prazo exíguo, visando o cumprimento da meta da Inspetoria, não foi possível aguardar o pronunciamento do autuado por mais tempo. Portanto, ficou mantido o entendimento para esta infração.

Infrações 05 e 06 – Destacaram que essas infrações não foram contestadas pelo autuado.

Infração 07 – Contestaram as alegações do autuado e informaram que foram apontados creditamentos indevidos de serviços de transporte intramunicipal, que não encontra amparo na legislação, conforme dispõe os arts. 3º, inciso I, e 97, inciso IV, alínea “a”, do RICMS/97. Mantidos integralmente os valores desta infração.

Infração 08 – Apresentaram o entendimento de que o autuado tem razão quanto ao CTRC 4692, da Agropol, que foi lançado em duplicidade, fazendo por isso a necessária exclusão. Assim, com exceção do mencionado documento fiscal, os autuantes informaram que fica mantido o entendimento para esta infração, alterando o crédito a ser exigido para o valor de R\$19.119,64, conforme demonstrativo à fl. 4160 a 4165 do PAF.

Infração 09 – Entendem que o autuado se equivoca novamente, haja vista que não agregou as despesas aduaneiras à base de cálculo do ICMS nas operações de importação, acarretando recolhimento a menor do imposto. Ressaltaram que o autuado tem feito depósito judicial dessa diferença, por entender que apesar da definição legal, as despesas aduaneiras não integram a base de cálculo nas importações.

Infração 10 – Informaram que o autuado comprovou o pagamento dos serviços de transporte com cláusula FOB acobertados pelos CTRCs 2957, de 25/03/98, da TLL TRANSPORTE; e 12197, de 11/04/98, da ALENCAR TRANSPORTE. Quanto aos demais CTRCs, não houve atendimento à intimação para apresentação dos documentos, e devido à questão do prazo para cumprimento das metas da Inspetoria não foi possível aguardar por mais tempo. Assim, com as exclusões anteriormente citadas, ficou mantido o crédito a ser cobrado no valor de R\$44,94, conforme demonstrativo à fl. 4166 dos autos.

Infração 11 – Informaram que todas os dados utilizados no levantamento fiscal não foram inventados ou presumidos, mas sim, fornecidos pelo autuado, e se foram encontradas diferenças, sejam de entradas e/ou de saídas, reclamaram o ICMS dessas diferenças; o programa utilizado foi o SAS, de acordo com o arquivo magnético referente ao exercício de 1998, fornecido pelo autuado; o citado programa foi alimentado com as informações referentes aos estoques inicial e final, consumo cativo, perdas, produção e estorno das quantidades constantes das notas fiscais de saídas referentes ao complemento de preço (CFOP 5.11, 6.11 e 7.11); saídas para serviço de industrialização (CFOP 6.13); saídas para entrega futura (CFOPs 6.11 e 6.21); e saídas para revenda (CFOP 6.21 e 7.12). Quanto às saídas consignadas no arquivo magnético, não houve qualquer ajuste de modo direto, sendo alteradas saídas em razão de estorno das quantidades constantes das notas fiscais de saída que não deveriam fazer parte do levantamento fiscal. Assim, no relatório das notas fiscais de saídas constaram todas as notas fiscais, inclusive aquelas que tiveram suas quantidades estornadas. Contudo, as quantidades computadas no levantamento quantitativo estão ajustadas de acordo com as informações prestadas pelo autuado.

Os autuantes fizeram análise relativamente a cada resina, de acordo com os argumentos defensivos, apresentando os necessários esclarecimentos, inclusive quanto aos itens que constataram a necessidade de retificação. Por fim, informaram que após as retificações efetuadas no levantamento quantitativo, o valor o crédito reclamado passa a ser de R\$3.695.549,62, conforme demonstrativos que anexaram aos autos, fls. 4167 a 4194. O total do crédito reclamado no Auto de Infração passou a ser de R\$3.860.402,99 (fl. 4149).

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresentou novas razões defensivas, informando inicialmente que não é correta a afirmação dos autuantes de que o arquivo magnético da empresa apresentou várias inconsistências, considerando que os registros foram transmitidos para o banco de dados da SEFAZ, na forma e parâmetros definidos pelo Convênio 57/95, e criticados pelo validador, e não cabe a discussão se o programa SAS rejeita ou acusa se há notas fiscais em duplicidade. Disse que na forma do art. 18, do RPAF/99 o demonstrativo é nulo por cercear o direito de defesa do autuado e transmitir insegurança quanto à base de cálculo apurada, culminando com a improcedência do crédito reclamado, ou no mínimo é passível de revisão fiscal. Quanto à primeira infração, o autuado disse que mantém os argumentos inicialmente apresentados na defesa administrativa, ressaltando que os autuantes já acataram parte.

Infração 02 – Disse que os autuantes acataram parte das alegações defensivas, mas, em relação aos argumentos para manter a cobrança do imposto sobre Pallet dispensam comentário. O defensor indagou que se um equipamento apresentar uma anomalia de funcionamento e for

encaminhado para teste no fabricante, se ele deixará de ser ativo imobilizado e passará ser considerado como material de uso e consumo.

Infração 03. O autuado mantém os mesmos argumentos apresentados na impugnação inicial.

Infração 04 – Disse que o trabalho desenvolvido pautou-se mais no cumprimento do prazo administrativo do que na busca da verdade material.

Infração 07 – Apelou para a realização de diligência, para que sejam apurados os recolhimentos indevidos, e se certificar das alegações defensivas.

Infração 08 – Ressaltou que parte dos argumentos foi acatada pelos autuantes.

Infração 09 – Destacou que são importações de matéria-prima e bens destinados ao ativo fixo, e o procedimento traz ônus à parte, com incidência de multa e acréscimos moratórios, uma vez que não se configuraram em falta de recolhimento do ICMS devido na operação, em decorrência do princípio da não cumulatividade.

Infração 10 – O autuado lembrou que os argumentos defensivos foram acatados pelos autuantes.

Infração 11 – Disse que a prova da nulidade procedural é a declaração expressa dos autuantes à fl. 3717. O defendant entende que está confesso que todas as saídas de mercadorias foram consideradas, indagou como foram apuradas as perdas, como os autuantes fizeram o balanço de massa de insumos para obtenção das resinas, e se as perdas foram normais ou anormais.

O defendant solicitou que se comparassem os valores resumidos na planilha “Resumo Anual do Mapa de Produção – Demonstrativo de Custo” anexado à defesa, com o levantamento fiscal às fls. 3747 a 3749, devendo também ser observada a planilha Resumo do Custo Industrial. Disse que não se trata de uma empresa comercial varejista, e sim, de uma indústria petroquímica, todos os esclarecimentos sobre cada resina, relativamente às diferenças encontradas, estão na defesa administrativa, sendo anexada aos autos farta documentação para as verificações que se façam necessárias. Por fim, pede que se considere corretos os demonstrativos anexados à defesa, e se não for este o convencimento dos julgadores, que se determine a realização de revisão fiscal para que sejam verificadas todas as alegações defensivas e apurada a verdade material dos fatos.

Considerando as alegações defensivas e informação fiscal prestada pelos autuantes, o presente processo foi convertido em diligência à ASTEC DO CONSEF para ser efetuada revisão fiscal, relativamente às infrações 1, 2, 3, 4, 7, 9, 10 e 11 e dirimir as divergências. Foi realizada a revisão solicitada, conforme PARECER ASTEC Nº 0149/2004, fls. 4210 a 4228 dos autos, apresentando as conclusões a seguir:

Infração 01 - Analisou o demonstrativo retificado pelos autuantes e constatou que foram excluídas todas as notas fiscais consideradas em duplicidade no levantamento original, e o débito remanescente refere-se a notas fiscais de aquisição de produtos que o autuado alega a sua utilização no processo produtivo. Ficou inalterado o valor indicado nas razões de defesa e na informação fiscal.

Infração 02 – informou que as notas fiscais computadas em duplicidade juntamente com a Nota Fiscal nº 628, de 17/03/98 foram excluídas pelos autuantes quando prestaram informação fiscal à fl. 4133. Em relação à Nota Fiscal nº 3888, de 05/03/98, que se refere a “pallet” recebido para teste, da filial estabelecida em São Paulo, foi informado que não foram localizadas as notas fiscais de retorno. Quanto às Notas Fiscais de números 1080, e 855, emitidas pela empresa CHESTERTON,

informou que se trata de remessa substituição em garantia, mas não foi possível localizar a nota fiscal de aquisição ou remessa. A Nota Fiscal nº 6189, de 12/05/98 refere-se ao retorno de material enviado para troca através da Nota Fiscal nº 42525, conforme xerocópias às fls. 4262 e 4263. Quanto às notas fiscais de aquisição de bens destinados ao ativo fixo foi constatado: a) NFs 11054 e 11208 referentes máquinas para melhoria e aumento da produção; NF 548 (Kit Cibernética), trata-se de doação; NFs 884, 24.592 e 26.067 não foram apresentadas pelo autuado.

Infração 03 - Foi apurado que os CTRCs referentes a essa infração, em sua grande maioria diz respeito a notas fiscais elencadas nos itens 01 e 02, exceto as NFs relacionadas na fl. 4231 que são aquisições de materiais de uso ou consumo e não houve recolhimento da diferença de alíquotas.

Infração 04 – informou que parte das notas fiscais relacionadas não estão vinculadas às infrações 1 e 2, mas se referem a material de uso e consumo, de acordo com os lançamentos efetuados no Registro de Entradas, sendo constatado em relação ao argumento de que foi considerado CTRC em duplicidade, que esse fato ocorreu em relação aos CTRCs 486267 e 6061. Os cálculos foram refeitos, ficando alterado o imposto exigido no mês 12/98 de R\$1.126,09 para R\$923,42.

Infração 07 – constatou que o serviço de transporte era prestado pela TRC TRANSPORTE, o pagamento era efetuado diretamente à prestadora do serviço mediante quitação de duplicatas via banco, e o imposto questionado não foi recolhido pelo autuado.

Infração 09 - constatada a existência de liminar obtida pelo autuado para efetuar o depósito dos valores correspondentes às despesas de capatazia e armazenagem, que foram objeto da exigência fiscal (documento à fl. 4248)

Infração 10 - o preposto da ASTEC DO CONSEF informou que não foram apresentados os documentos comprobatórios solicitados.

Infração 11 – apurado que houve equívocos dos autuantes, por isso, os cálculos foram refeitos com as necessárias retificações, conforme detalhamento no PARECER ASTEC, sendo elaborado o Resumo de Estoque (fl. 4229), concluindo pela existência de omissão de entradas em valor superior à de saídas.

Em decorrência da revisão realizada por preposto da ASTEC DO CONSEF, o PAF foi encaminhado à INFRAZ de origem para dar conhecimento ao autuante e autuado, o que foi providenciado conforme intimação à fl. 4317, constando ciência do representante legal do autuado e do autuante Laudelino P. de Almeida, e não houve qualquer pronunciamento após a mencionada revisão.

VOTO

Quanto à preliminar apresentada nas razões de defesa sob a alegação de que existe insegurança na base de cálculo e ausência de fundamentação legal da infração 11, observo que foi elaborado demonstrativo de cálculo, e o imposto exigido está lastreado em levantamento fiscal, que foi objeto de revisão por preposto da ASTEC. Assim, entendo que o presente processo está revestido das formalidades legais, não foram constatados vícios formais, e não se encontram no PAF os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, ficando rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa.

Quanto ao mérito, a primeira infração, é decorrente de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material de consumo do estabelecimento, e de acordo com as

alegações defensivas, os créditos fiscais em questão são relativos a insumos utilizados no processo produtivo, tendo o defendente informado que constatou várias notas fiscais relacionadas em duplicidade no levantamento fiscal, por isso, foi retificado pelos autuantes o valor exigido cujo resultado ainda não foi acatado pelo sujeito passivo.

No parecer à fl. 4211 dos autos, o preposto da ASTEC informou que analisou o demonstrativo retificado pelos autuantes e constatou que foram excluídas todas as notas fiscais consideradas em duplicidade no levantamento original, e o débito remanescente refere-se a notas fiscais de aquisição de produtos que o autuado alega a sua utilização no processo produtivo. Disse que realizou visita “in loco”, apurando que o processo produtivo do autuado consiste na reação de polimerização do eteno no interior de um reator. Descreveu à fl. 4112 a aplicação dos materiais objeto da autuação.

Observo que no processo produtivo deve ser considerado insumo tudo que entra na formação ou composição de um determinado produto. Já o material de uso ou consumo não tem vinculação direta com a atividade industrial, e o caso em exame já foi objeto de decisões anteriores neste CONSEF, ficando decidido que os produtos objeto da autuação, a exemplo dos aplicados no tratamento de água de refrigeração, tratamento de efluentes, além de peças mecânicas e de instrumentação não ensejam a utilização de crédito fiscal, tendo em vista que não são afetados diretamente ao processo produtivo, servindo na conservação e preservação de equipamentos adequando os efluentes à legislação ambiental.

Assim, entendo que é procedente em parte a exigência do imposto, no valor de R\$53.311,49, apurado pelos autuantes após as exclusões efetuadas e confirmadas no PARECER ASTEC, ficando alterados os valores exigidos conforme demonstrativo às fls. 4154 a 4159 dos autos.

A infração 02 trata da exigência de imposto referente à diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas ao consumo do estabelecimento.

De acordo com o art. 5º, inciso I, do RICMS/97, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, considera-se que ocorre o fato gerador do imposto no momento da entrada no estabelecimento de contribuinte, de bens oriundos de outros Estados, quando destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, fls. 4154 a 4159, foram consignados na última coluna os valores do ICMS a recolher, calculados de acordo com o percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações internas (17%), e a alíquota interestadual consignada nos documentos fiscais (7%).

Na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC ficaram esclarecidos os seguintes pontos:

- as notas fiscais computadas em duplicidade juntamente com a Nota Fiscal nº 628, de 17/03/98 foram excluídas pelos autuantes quando prestaram informação fiscal à fl. 4133;
- em relação à Nota Fiscal nº 3888, de 05/03/98, que se refere a “pallet” recebido para teste da filial estabelecida em São Paulo, foi informado que não foram localizadas as notas fiscais de retorno. Considerando a falta de comprovação da operação de retorno, entendo que o “pallet” foi incorporado ao patrimônio do autuado, sendo devido o imposto, e neste caso, é irrelevante se a mercadoria é utilizada como ativo ou material de consumo;
- quanto às Notas Fiscais de números 1080, e 855, emitidas pela empresa CHESTERTON, o preposto da ASTEC informou que se trata de remessa substituição em garantia, mas não foi possível localizar a nota fiscal de aquisição ou remessa. Assim, também não ficou totalmente comprovada a operação alegada pelo autuado. Mantido parcialmente o débito

apurado, tendo em vista que na data da autuação fiscal se operou a decadência relativamente à NF 855, de 28/11/97, e por isso, deve ser excluído o valor de R\$73,56 no mês 01/98, correspondente ao mencionado documento fiscal consignado no demonstrativo à fl. 4154 dos autos, ficando alterado o total do imposto apurado no citado mês para R\$2.488,32;

- a Nota Fiscal nº 6189, de 12/05/98 refere-se ao retorno de material enviado para troca através da Nota Fiscal nº 42525, conforme xerocópias às fls. 4262 e 4263, devendo ser excluído o valor de R\$78,51 da exigência referente ao mês 05/98, ficando alterado o total do imposto apurado no mencionado mês à fl. 4156, de R\$5.811,10 para R\$5.732,59.
- quanto às notas fiscais de aquisição de bens destinados ao ativo fixo foi constatado: a) NFs 11054 e 11208 referentes máquinas para melhoria e aumento da produção; NF 548 (Kit Cibernética), trata-se de doação; NFs 884, 24.592 e 26.067 não foram apresentadas pelo autuado. Mantida a exigência fiscal.

Constatei que parte dos valores exigidos se referem aos mesmos produtos que foram objeto da infração anterior, por isso, essa exigência fiscal decorrente da infração anterior, apresenta as mesmas conclusões em relação ao mérito da autuação fiscal. Portanto, é subsistente em parte a exigência fiscal, de acordo com os valores consignados no demonstrativo às fls. 4154 a 4159 dos autos, com a exclusão de R\$78,51, referente à NF 6189, de 12/05/98 e R\$73,56 correspondente à NF 855, conforme já comentado. Conseqüentemente, fica alterado o total do débito desta infração, apurado no demonstrativo às fls. 4154 a 4159, de R\$66.514,97 para R\$66.362,90.

Infração 03 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a serviço interestadual ou intermunicipal não vinculado ao processo de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas, nos meses de maio a dezembro de 1998.

Ficou apurado na diligência fiscal que os CTRCs referentes a essa infração, em sua grande maioria diz respeito a notas fiscais elencadas nos itens 01 e 02, exceto as NFs relacionadas na fl. 4231 que são aquisições de materiais de uso ou consumo e não houve recolhimento da diferença de alíquotas. Considerando que não foi apresentado pelo sujeito passivo qualquer elemento capaz de elidir a exigência fiscal entendo que a infração apontada é subsistente.

Infração 04 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a serviço interestadual ou intermunicipal não vinculado ao processo de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas, nos meses de maio a dezembro de 1998.

Foi constatado por preposto da ASTEC que parte das notas fiscais relacionadas não estão vinculadas às infrações 1 e 2, mas se referem a material de uso e consumo, de acordo com os lançamentos efetuados no Registro de Entradas, sendo apurado em relação ao argumento de que foi considerado CTRC em duplicidade, que esse fato ocorreu em relação aos CTRCs 486267 e 6061. Os cálculos foram refeitos, ficando alterado o imposto exigido no mês 12/98 de R\$1.126,09 para R\$923,42. Assim, subsiste parcialmente esta infração, acatando-se a alteração processada pelo preposto da ASTEC. Por isso, fica alterado o total exigido para R\$7.398,37, resultado não impugnado pelas partes.

Infrações 05 e 06 – De acordo com as alegações defensivas, não houve contestação a estas infrações, por isso, entendo que são procedentes os valores exigidos tendo em vista que não existe controvérsia, considerando que não foram impugnados pelo autuado.

Infração 07 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal, de Camaçari para Camaçari (da Polibrasil para a Politeno), sendo alegado pelo autuado que deveria se creditar do imposto recolhido indevidamente, em vez de requerer restituição dos valores, e nesse caso, entende que a infração discutida poderia ser convertida em multa por descumprimento de obrigação acessória.

De acordo com a diligência fiscal realizada através da ASTEC DO CONSEF, o serviço de transporte era prestado pela TRC TRANSPORTE, o pagamento era efetuado diretamente à prestadora do serviço mediante quitação de duplicatas via banco. O preposto da ASTEC concluiu que o imposto questionado não foi recolhido pelo autuado, portanto, a infração está caracterizada.

Infração 08 - refere-se à falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviço de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomos ou empresa transportadora não inscrita, sendo alegado pelo defendant que constatou no mês 10/98 o CTRC de nº 4692, da Agropel computado em duplicidade, onerando o valor do crédito tributário em R\$76,84.

Os autuantes reconheceram a procedência da alegação defensiva quanto ao CTRC 4692, da Agropel, que foi lançado em duplicidade, fazendo por isso a necessária exclusão. Assim, informaram que fica alterando o crédito a ser exigido para o valor de R\$19.119,64, conforme demonstrativo à fl. 4160 a 4165 do PAF, e não houve contestação pelo autuado ao novo cálculo efetuado pelos autuantes quando da informação fiscal. Considero parcialmente procedente este item do Auto de Infração, haja vista que a única alegação defensiva foi acatada pelos autuantes. Assim, confrontando o demonstrativo de fls. 168 a 173 com o de fls. 4160 a 6165, constatei que efetivamente foi excluído o valor de R\$61,47 correspondente ao CTRC 4692, considerado em duplicidade no primeiro demonstrativo. Excluindo-se o mencionado valor, o imposto apurado no mês 10/98 passou a ser R\$3.443,71, consequentemente o total débito ficou alterado para R\$19.135,01, valor que é divergente do informado pelos autuantes. Concluo pela procedência parcial desta infração, no valor de R\$19.135,01.

Infração 09 – Recolhimento efetuado a menos 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 desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, no exercício de 1998.

O autuado alegou que são importações de matéria-prima e bens destinados ao ativo fixo, e o recolhimento efetuado a menos não causou prejuízo ao erário estadual, por considerar que imposto gera direito ao seu imediato creditamento. Disse que a procedência da infração apontada acarretará incidência de multa e acréscimos moratórios, concluindo que haverá um enriquecimento sem causa do Estado.

Esta infração também foi objeto de diligência fiscal pela ASTEC DO CONSEF, ficando constatada a existência de liminar obtida pelo autuado para efetuar o depósito dos valores correspondentes às despesas de capatazia e armazenagem, que foram objeto da exigência fiscal (documento à fl. 4248).

Observo que sendo a matéria objeto de Mandado de Segurança, com liminar favorável ao autuado, considera-se esgotada a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme art. 117 do RPAF/99. Assim, entendo que está suspensa a exigibilidade do crédito tributário quanto a esta infração, devido à concessão de liminar em Mandado de Segurança relativamente à matéria objeto da lide, cabendo cientificar à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada.

Infração 10 – Crédito indevido referente a prestações de serviços de transporte cláusula FOB vinculadas às operações de vendas de mercadorias, nos meses de março, abril e maio de 1998.

Os autuantes informaram que o autuado comprovou o pagamento dos serviços de transporte com cláusula FOB acobertados pelos CTRCs 2957, de 25/03/98, da TLL TRANSPORTE; e 12197, de 11/04/98, da ALENCAR TRANSPORTE. Quanto aos demais CTRCs, na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC DO CONSEF foi informado que não foram apresentados os documentos comprobatórios.

Por isso, prevalece o valor apurado pelos autuantes no demonstrativo que foi acostado aos autos à fl. 4166. Assim, quanto a esta infração, o débito fica alterado para R\$44,94, valor não comprovado pelo sujeito passivo.

A infração 11 é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, referente ao exercício de 1998, sendo alegado pelo defensor que constatou equívocos, por isso, este item da autuação fiscal também foi objeto de diligência fiscal por preposto da ASTEC.

O defensor alegou que constatou erros de forma no levantamento fiscal, resumiu às fls. 1165 a 1168 as distorções que alegou ter constatado, afirmando que os demonstrativos estão quase que totalmente incorretos, carecendo retificação; que foram transportadas erroneamente do Demonstrativo de Custo Industrial quantidades produzidas, algumas reclassificações de resinas não foram desprezadas, gerando distorções nas entradas; e em relação às saídas, informou que a principal incorreção é a inclusão de notas fiscais de complemento de preço, que não configuram saída efetiva de resina.

Observo que na diligência fiscal realizada através da ASTEC/CONSEF, foi apurado que houve equívocos dos autuantes a exemplo das quantidades registradas no Demonstrativo de Custo Industrial, que estão divergentes das entradas consideradas, além de ter computado em duplicidade as quantidades referentes ao consumo cativo. Foram efetuadas as necessárias retificações, conforme detalhamento no PARECER ASTEC, e elaborado o Resumo de Estoque (fl. 4229), concluindo pela existência de omissão de entradas em valor superior à de saídas.

A Portaria 445 de 10.08.98, que dispõe sobre os procedimentos na realização de Levantamento Quantitativo, estabelece no art. 13, inciso II, que no caso de existência de omissão de entradas maior que omissão de saídas, deve ser exigido o ICMS correspondente às saídas anteriores sem documento fiscal, com base na previsão legal de que a falta de contabilização de entradas autoriza a presunção daquelas operações sem o pagamento do imposto. Portanto, a exigência do tributo deve ser feita, neste caso, em função da presunção de omissão de saídas decorrente de receitas não contabilizadas, tendo como base de cálculo a diferença nas entradas. Assim, foi apurado na revisão efetuada por preposto da ASTEC que o imposto devido passa a ser de R\$189.767,73, calculado sobre a base de cálculo de R\$1.116.280,79.

Vale ressaltar, que o autuado foi intimado quanto ao PARECER ASTEC e respectivos demonstrativos e demais elementos acostados aos autos, cujo recebimento está comprovado na própria intimação à fl. 4317 dos autos, entretanto não foi apresentado qualquer questionamento pelo contribuinte. Assim, considero procedentes as conclusões e valores apurados pelo preposto da ASTEC/CONSEF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, ficando alterado o imposto exigido, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	DECISÃO DA JJF	IMPOSTO
1	PROCEDENTE EM PARTE	53.311,49
2	PROCEDENTE EM PARTE	66.362,90
3	PROCEDENTE	3.086,91
4	PROCEDENTE EM PARTE	7.398,37
5	PROCEDENTE	1.318,75
6	PROCEDENTE	521,54
7	PROCEDENTE	4.092,83
8	PROCEDENTE EM PARTE	19.135,01

9	DEFESA PREJUDICADA	9.241,27
10	PROCEDENTE EM PARTE	44,94
11	PROCEDENTE EM PARTE	189.767,73
TOTAL	-	354.281,74

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207103.0004/03-9, lavrado contra **POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$354.281,74**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60% sobre R\$164.514,01, prevista no art. 42, incisos II, “a”, “e” e “f”; VII, “a”, da Lei nº 7.014/96 e 70% sobre R\$189.767,73, prevista no art. 42, inciso III, da citada Lei e dos acréscimos moratórios correspondentes, cabendo cientificar à PGE/PROFIS para adoção das providências de sua alçada, quanto à suspensão da exigibilidade do crédito tributário exigido na infração 9, em decorrência da concessão de liminar em Mandado de Segurança relativamente à matéria objeto da lide .

Recorre-se de ofício 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, 09 de agosto de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - JULGADORA