

PROCESSO - A. I. Nº 269194.0019/05-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DOW BRASIL S/A (DOW BRASIL NORDESTE LTDA.)
RECORRIDOS - DOW BRASIL S/A (DOW BRASIL NORDESTE LTDA.) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n.º 0104-04/05
ORIGEM - IFEP - DAT/METRO
INTERNET - 13/10/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0341-11/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de uso e consumo até 1/1/2007. Infração caracterizada. 2. EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA OPERAÇÃO DE EXPORTAÇÃO. O sujeito passivo comprovou que a operação comercial foi anulada. Infração insubsistente. 3. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS. Comprovado a não utilização do crédito fiscal no recebimento da mercadoria. Infração desconstituída. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Comprovada a insubsistência da infração. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. a) RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovada a existência de Termo de Acordo e Compromisso entre a SEFAZ e as empresas transportadoras para utilização do crédito presumido, com a conseqüente redução da carga tributária para 7%, cujo benefício é extensivo ao substituto tributário. Modificada a Decisão. Exigência insubsistente. b) FALTA DE RETENÇÃO E DE PAGAMENTO. Não comprovado o recolhimento do imposto. Infração subsistente. Rejeitado o pedido de perícia fiscal. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0104-04/05, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado que inconformado com a referida Decisão, tempestivamente, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o valor de R\$525.139,91, em razão da falta de recolhimento do imposto:

1. Utilização indevida do crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$51,04, referente à aquisição de material de uso e consumo, no mês de fevereiro de 2000;

2. Utilização indevida de crédito fiscal do imposto, no valor de R\$16.549,02, em decorrência do seu destaque a maior nas compras interestaduais (SP e RJ) de matérias primas, insumos ou bens para ativo fixo, onde foram usados créditos com alíquota superior a 7% (maio e agosto de 2000, fevereiro, maio, agosto e setembro de 2001, março e outubro de 2002);
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$4.056,61, no mês de junho de 2000, relativo à diferença de alíquotas por aquisições interestaduais de bens para o ativo fixo, por não terem sido apresentadas notas fiscais que justificassem a totalidade do lançamento;
4. Utilização indevida de crédito fiscal do imposto, no valor de R\$647,21, referente à aquisição de material de uso e consumo, utilizados como itens de segurança na área industrial, no mês de abril, maio, agosto e dezembro de 2001;
5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$5.685,27, referente à aquisição de material de uso e consumo, utilizados no tratamento de água de resfriamento (Depositrol PY 5212), na cozinha do refeitório e no flare para auxiliar na queima de gases que são expurgados para a atmosfera (GLP), nos meses de maio a julho, dezembro de 2000; janeiro, março, maio, outubro, novembro de 2001 e janeiro, março a junho de 2002;
6. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$170,00, referente ao imposto não destacado em documento fiscal (Nota Fiscal nº 13201), no mês de abril de 2001;
7. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$29.637,04, referente ao lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de outubro e novembro de 2001 e janeiro de 2002;
8. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$360.978,41, no mês de outubro de 2000, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação “Exportação”, sem comprovação da efetiva saída do país, por intermédio de Guias ou Registros de Exportação, as quais não constavam nos arquivos fornecidos pela Receita Federal;
9. Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$37.790,49, nos exercícios de 2000, 2001 e 2002, devido sobre mercadorias provenientes do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização da taxa cambial;
10. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$596,52, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, decorrentes de devolução de compra de materiais de uso e consumo sem o devido destaque de ICMS, no mês de janeiro de 2002;
11. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de no valor de R\$15.875,44, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, decorrentes de vendas para a Isopol e para a Metacril sem o destaque do imposto, no mês de maio de 2001 e de 2002;
12. Recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$31.123,01, no mês de março de 2000, quando da transferência efetuada para outra unidade da Federação, com base de cálculo inferior ao custo de transferência;
13. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$3.327,41, 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, no exercício de 2000;
14. Retenção e recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$854,23, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal de funcionários, onde se aplicou, para fins de pagamento do imposto, a alíquota de 7%, ao invés de 17%, realizadas nos meses de janeiro a março e maio de 2000;

15. Falta de retenção e de recolhimento do ICMS, no valor de R\$2.137,27, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à contratação de prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, realizadas por empresa transportadora não inscrita no cadastro da SEFAZ-BA e sem comprovação de qualquer recolhimento do imposto, inerentes aos meses de janeiro, abril a dezembro de 2000; janeiro, abril, maio, julho, agosto, outubro, novembro de 2001; janeiro a abril e setembro de 2002;
16. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$15.660,94, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, bem como, pelas aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo, nos meses de maio, outubro de 2000; setembro de 2001; março, maio, julho e agosto de 2002.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$160.237,57, diante das seguintes razões:

1. Por ter o sujeito passivo reconhecido as infrações 1, 2, 3, 4, 6, 7, 9, 11, 12 e 16, inclusive recolhendo o imposto com acréscimos moratórios e multa, inexistente a ser decidida quanto as referidas infrações;
2. Por ter o autuante acatado os argumentos de defesa e provas trazidas aos autos relativos às infrações 8, 10 e 13, a JF, após exame do mérito, conclui pela improcedência de tais exigências, uma vez que:
 - A aludida exportação sem comprovação (infração 8), ocorrida através da Nota Fiscal nº 28.749, lançada no Livro Registro de Saídas, foi anulada mediante emissão de Nota Fiscal de Entrada de nº 00119 (fl. 123), também lançada no Livro Registro de Entradas (fls. 124/125), descabendo a exigência fiscal;
 - A devolução de compra de materiais de uso e consumo sem destaque do imposto (infração 10), ocorrida através da Nota Fiscal nº 36.375 (fl. 127), corresponde à operação comercial originária, procedida através da Nota Fiscal de nº 07.438 (fl. 128), onde todos os dados coincidem, inclusive a falta de destaque do ICMS, estando conforme o art. 651, § 1º, do RICMS. Além disto, ficou provado que não houve a utilização do crédito fiscal.
 - A diferença de saídas apurada através do levantamento quantitativo de estoques (infração 13) foi anulada pela Nota Fiscal nº 28065 (fl. 129), a qual não havia sido informada nos arquivos magnéticos apresentados à SEFAZ.
3. Quanto a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de material de uso e consumo (Depositrol PY 5212 e GLP), infração 5, conclui a JF que tais produtos não se constituem insumos ou produtos intermediários a possibilitar utilização de créditos fiscais, sendo vedado os seus créditos diante das determinações do art. 93, V, “b”, do RICMS.
4. Referente a retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal de funcionários, onde se aplicou, para fins de pagamento do imposto, a alíquota de 7%, ao invés de 17%, a Decisão é que o defendente não trouxe aos autos qualquer Termo de Acordo celebrado para fruição do alegado benefício de concessão de crédito presumido de ICMS, de modo que a carga tributária final fosse de 7%. Assim, mantém o valor exigido;
5. Por fim, no tocante a falta de retenção e de recolhimento do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à contratação de prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal, realizadas por empresa transportadora não inscrita no cadastro da SEFAZ-BA e sem comprovação de qualquer recolhimento do imposto, a Decisão da JF é de manter a exigência, visto que os documentos trazidos pelo autuado são imprestáveis para fazer a desconstituição do imposto cobrado.

No Recurso Voluntário (fls. 169 a 175), restrito às infrações 5, 14 e 15, o recorrente tece as seguintes alegações:

Relativa à quinta infração, aduz o recorrente que, perante a legislação tributária, possui direito a utilização dos créditos fiscais nas aquisições do GLP e Depositrol PY5212,

Ressalta que o GLP pode ser utilizado como combustível: para acendimento de fornalhas de superaquecimento de vapor; para acendimento do piloto do flare; para cozinha e, ainda, como combustível para empilhadeiras.

Defende que quando utilizado para acendimento de fornalhas de superaquecimento de vapor tem direito ao crédito fiscal, pois integra o respectivo processo de produção. Registra que esse item é essencial ao ciclo produtivo e insurge-se à Decisão recorrida de não reconhecer esse fato sob o argumento de que o GLP é utilizado esporadicamente para acendimento da fornalha, bem como para manter acesa a chama do flare na queima de gases indesejados no processo fabril.

Aduz que o direito ao crédito do imposto não está vinculado às fases da produção nem à frequência com que o insumo é utilizado, bastando apenas que o mesmo tenha função definida no processo produtivo. Informa que o acendimento da fornalha é o início do processo e que já faz a segregação do gás utilizado nas empilhadeiras e na cozinha, o qual não gera direito ao crédito do ICMS.

Quanto ao produto Depositrol PY5212, afirma ser essencial à produção, pois ao controlar a temperatura da água é parte do processo de produção. Aduz que tal produto químico é adicionado aos componentes do processo, apesar de ter uma função secundária. Defende que a legislação exige que o material seja consumido no processo, independentemente da função, primária ou secundária que desempenhe, o que não lhes retira o caráter de insumo necessário ao processamento das matérias-primas com o fito de obter o produto final. Por fim, reitera o seu pedido de perícia, preferencialmente por profissional da área química, sob pena de verdadeiro cerceamento de defesa.

No tocante à décima quarta infração, registra que a Decisão recorrida reconheceu o disposto no art. 1º, do Decreto nº 7.594/99, entretanto manteve a infração sob o argumento de que o transportador deveria ter firmado Termo de Acordo de Compromisso com a Secretaria da Fazenda, devendo esse documento ter sido juntado aos autos. Discorda que se lhe exijam documentos que pertencem exclusivamente a terceiros, pois o Termo de Compromisso é documento alheio ao domínio do recorrente. Contudo, no intuito de ver a questão elucidada, conseguiu obter cópia do referido compromisso junto ao transportador, acostado à fl. 178 dos autos. Assim, defende a correção do procedimento e a insubsistência da infração.

Por fim, inerente à décima quinta infração, aduz que a Decisão recorrida exige do recorrente a apresentação de provas que pertencem a outro contribuinte. Destaca que a própria autoridade fiscal tem poder de requisitar tais documentos necessários ao esclarecimento da lide, o que requer naquela oportunidade.

Registra que os serviços de transportes foram realizados pela Rajan Transportes Comércio e Indústria Ltda, devidamente localizada no Estado da Bahia e, conseqüentemente, inscrita no cadastro da SEFAZ-BA, não podendo o recorrente ser apenado por situações jurídicas verificadas entre outros contribuintes. Salaria que alguns documentos foram juntados aos presentes autos, os quais demonstram a procedência das suas afirmações, não podendo ser simplesmente ignorados conforme pretende a Decisão recorrida. Aduz que, diante do exíguo prazo para Recurso, não foi possível obter a totalidade dos documentos que pertencem a terceiros. Assim, caso se entenda insuficientes as provas anteriormente apresentadas, requer prazo adicional para obtenção das provas restantes.

Diante do exposto, requer a procedência do Recurso Voluntário para o fim de que sejam declaradas insubsistentes as infrações: 5, 14 e 15 do Auto de Infração, e, caso contrário, que seja

deferida Perícia nos termos formulados na impugnação, bem como prazo adicional a juntada de novos documentos a serem obtidos junto a terceiros.

Em razão da juntada de cópia de Termo de Acordo firmado pela empresa de Transporte Santana e São Paulo, em seu Parecer, à fl. 182 dos autos, a PGE/PROFIS entende necessário que conste dos autos as algumas informações, do que faz as seguintes indagações:

- O documento apresentado se refere à empresa prestadora do serviço tomado pelo recorrente, e este benefício o atinge?
- Abrange toda a autuação, ou parte dela, em que valores?
- à época da autuação estava vigente e válido o Termo de Acordo?

Submetido o PAF à pauta suplementar, a 1ª CJF deferiu a diligência proposta, ressaltando que as informações relativas aos contribuintes “Empresas de Transportes Santana e São Paulo Ltda”, constantes no sistema da SEFAZ, anexas às fls. 185 a 189 dos autos, respondem as indagações acima, contudo, quanto à empresa LUZITUR Transporte Turismo Ltda, o mesmo expediente não foi suficiente para dirimir as dúvidas existentes.

À fl. 201 dos autos, foi apensado Parecer, exarado pelo próprio autuante, no qual foi esclarecido que ficou comprovado que realmente existe o devido Termo de Acordo e Compromisso entre a Luzitur e a SEFAZ, tendo sido celebrado e deferido em 17/11/1998, conforme Parecer GECOT (fls. 202 a 205 do PAF). Assim, conclui que a Transportadora Luzitur fazia jus ao crédito presumido previsto no Decreto 7.425/98, com conseqüente redução de carga tributária para 7% já no exercício de 1998, como também nos meses de janeiro a maio de 2000, cujo Acordo continuava em vigor.

Às fls. 208 a 211 dos autos, a PGE/PROFIS opina, quanto à quinta infração, que o produto GLP não gera direito ao crédito fiscal, pois o mesmo não pode ser considerado como elemento indispensável ao processo produtivo, por ser utilizado descontinuamente no referido processo produtivo para acendimento de fornalhas, não sendo, desta maneira, consumido integralmente no processo e, por fim, por não entrar em contato direto com o produto final.

No que tange ao produto Depositrol, após análise da sua função no parque fabril, descrita pelo próprio recorrente, aduz que o mesmo não está revestido das formalidades necessárias a gerar crédito fiscal, principalmente, por não ser consumido integralmente no processo produtivo, não entrando em contato direto com o produto final industrializado.

Inerente à décima quarta infração (consignada como décima quinta), entende insubsistente a exigência, em razão da existência de Termo de Acordo celebrado entre as empresas e a SEFAZ, que elide completamente o suposto ato infracional.

Por fim, relativa à décima quinta infração (consignada como décima quarta), entende não ter razão o recorrente, pois não trouxe aos autos qualquer elemento que elidisse a irregularidade apontada no lançamento, ou seja, a prova do recolhimento do ICMS pela empresa Rajan Transportes Comércio e Indústria Ltda, sub-contratada pela empresa Argos Transportes Ltda, e, tampouco, o contrato realizado entre estas empresas.

Assim, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, no que tange à infração 14 dos autos, o que foi ratificado à fl. 216 dos autos.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício inerente à oitava, décima e décima terceira infrações por ter a Decisão recorrida exonerado integralmente o sujeito passivo dos débitos originalmente exigidos, conforme previsto no art. 169, I, “a-1”, do RPAF, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange à quinta, décima quarta e décima quinta infrações.

Quanto ao Recurso Voluntário, inicialmente, indefiro o pedido de perícia, relativo à quinta infração, por entender que os autos contêm todas as informações necessárias à formação da minha convicção, sendo por diversas vezes explicitada as funções dos produtos GLP e Depositrol PY5212 no processo produtivo do recorrente.

Assim, não há de se falar em cerceamento de defesa, como alega o recorrente, visto que o seu direito de defesa foi plenamente exercido, inclusive esclarecendo, em seus pronunciamentos, os meios de utilização dos citados produtos no processo produtivo.

No mérito, quanto à quinta infração, o recorrente alega que o GLP, sob Código nº 1110, é utilizado no acendimento das fornalhas de superaquecimento de vapor. Já o Depositrol PY5212, como um dos produtos químicos adicionados à água para controle da corrosividade da mesma e de depósitos na torre de resfriamento.

Portanto, diante dos esclarecimentos do próprio recorrente sobre as efetivas utilizações dos citados produtos no processo produtivo, conclui-se que os materiais cujos créditos foram glosados são destinados ao uso e consumo do estabelecimento, pois tais mercadorias não possuem vinculação direta com o processo produtivo do recorrente, não se revestindo da condição de produtos intermediários, como pleiteia o sujeito passivo, uma vez que não se integram ao produto final como elemento indispensável à sua composição, nem são consumidos, gastos ou destruídos a cada processo produtivo.

Dessa forma, é legítima a glosa dos créditos fiscais, consoante reiteradas decisões do CONSEF.

No tocante à décima quarta infração, após comprovação da existência de Termo de Acordo e Compromisso firmado entre a Secretaria da Fazenda e as empresas de transportes Santana e Luzitur, com vistas à fruição do benefício para utilização de crédito presumido, conforme previsto no Decreto nº 7.594/99, com a conseqüente redução da carga tributária para 7%, cujo benefício se estende ao recorrente, na condição de substituto tributário do imposto devido pelas referidas empresas, restou comprovada a insubsistência desta exigência fiscal, sendo provido o Recurso Voluntário nesta infração.

Quanto à décima quinta infração, alega o recorrente que a Argos Transportes Ltda sub-contratou os serviços de transportes da Rajan Transportes Comércio e Indústria Ltda, localizada no Estado da Bahia. Contudo não apresenta prova de sua alegação, a exemplo do contrato realizado entre as empresas. Assim, os documentos, às fls. 133 a 136 dos autos, que demonstram recolhimentos da suposta sub-contratada não servem para elidir a exigência do imposto.

Por fim, referente à oitava, décima e décima terceira infrações, objeto do Recurso de Ofício, as provas trazidas pelo autuado, quando da sua impugnação ao Auto de Infração, foram substanciais para elidir as referidas infrações, conforme consignado na Decisão recorrida, visto que:

A exportação ocorrida através da Nota Fiscal nº 28.749, relativa à oitava infração, teve sua operação anulada mediante emissão de Nota Fiscal de nº 00119 (fls. 123 a 125), descabendo a exigência fiscal;

A devolução de compra de materiais de uso e consumo sem destaque do imposto, inerente à décima infração, ocorrida através da Nota Fiscal nº 36.375, corresponde à operação comercial originária, procedida através da Nota Fiscal de nº 07.438, realizada também sem destaque do ICMS (fls. 127 a 128).

A diferença de saídas apurada através do levantamento quantitativo de estoques, referente à décima terceira infração, foi anulada pela Nota Fiscal nº 28065 (fl. 129), a qual não havia sido informada nos arquivos magnéticos apresentados à SEFAZ.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida, tornando insubsistente a décima quarta infração, diante das provas documentais constantes dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269194.0019/05-4, lavrado contra **DOW BRASIL S/A (DOW BRASIL NORDESTE LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$159.383,34**, sendo R\$44.025,34, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “e”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$115.358,00, acrescido de idêntica multa com os acréscimos legais, homologando-se os valores, efetivamente, recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS