

**A. I. N °** - 269194.0017/04-3  
**AUTUADO** - GRIFFIN BRASIL LTDA.  
**AUTUANTE** - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO  
**ORIGEM** - INFAZ SIMÕES FILHO  
**INTERNET** - 18.03.05

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0059-03/05

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração reconhecida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração comprovada. Rejeitado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/11/04, exige ICMS de R\$27.083,93, acrescido de multas de 60% e 70% referente as seguintes infrações:

01. Utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material de consumo do estabelecimento, no período de janeiro a dezembro de 1999, no valor de R\$2.866,74. Consta na descrição dos fatos que se refere à utilização de “ar de serviço” e de “água potável” que não participam do processo produtivo.

02. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saída de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, no valor de R\$24.217,19.

O autuado, através de seu representante legalmente constituído (fl. 35) em sua impugnação (fls. 24 a 34), inicialmente discorreu sobre a autuação e diz que reconheceu e providenciou o pagamento do imposto exigido da primeira infração, conforme fotocópia do DAE à fl. 40.

Quanto à segunda infração, esclarece que, tendo como atividade a fabricação de produtos agroquímicos, possui duas plantas industriais com inscrições estaduais distintas denominadas área “N” e área “P”, sendo que o produto da primeira é matéria prima da segunda. Esclarece ainda que o produto objeto da autuação (IPPI) é um princípio ativo de defensivos agrícolas produzido na área “P” e encaminhado para a área “N” para efeito de comercialização. Afirma que não produz mais este produto, e naquele período ocasionalmente retornava à área “P” quando era necessário o re-processamento do produto”.

Relata que diariamente eram movimentadas diversas toneladas de produtos entre as plantas e que era comum ocorrer falhas no momento da emissão dos documentos fiscais, gerando distorções

nos estoques. Afirmar que, se ocorrem transferências de forma inadequada, de forma alguma houve saída tributada sem nota fiscal, haja vista que as saídas tributadas são feitas na planta “N”.

Afirmar que se trata de uma empresa de grande porte que sempre agiu corretamente e anualmente se submete à auditoria independente. Diz que é inconcebível a idéia de ter vendido produtos sem documento fiscal.

Elencou diversas hipóteses que conduziram à suposta omissão de saída:

- 1) Falhas nas movimentações e respectivos registros;
- 2) O fato de fazer contabilização da perda normal (volatilidade) decorrente da movimentação ser feita em tambores ou perdas na produção;
- 3) Falha na pesagem do citado produto;
- 4) Localização da fábrica próximo ao oceano, ficando os tambores expostos a salitre;
- 5) Furo nos tambores provocados pelas garras das empilhadeiras (movimento).

Diz que o produto que cai em solo é contaminado, entamborado, e armazenado na área “N” para incineração na CETREL S/A. Afirmar que, atualmente existem 90 tambores armazenados com “lama orgânica” composta de IPPI. Explica que, para se verificar o teor do IPPI existente nesta mistura, é necessário à realização de uma análise da lama, motivo pelo qual o autuado está inventariando a quantidade de “lama orgânica” enviada para a CETREL desde 1999, para comprovar a inexistência das omissões apontadas na infração, que será juntada posteriormente ao processo para provar que sempre agiu de acordo com a legislação em vigor.

Pelo exposto, requer a realização de uma diligência pela ASTEC, a fim de que sejam comprovadas todas as razões apresentadas.

No mérito, afirma que a autuação reclama a falta de pagamento de ICMS pelo fato de que o autuado omitiu saída de mercadorias tributadas e que de fato não ocorreu venda sem a emissão de nota fiscal, e sim remessa dos produtos entre as duas plantas com erro na emissão dos documentos correspondentes. Afirmar que tal procedimento, operação de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, não constitui fato gerador do ICMS e não dá margem à exigência do imposto.

Transcreve o art. 8º, do RICMS/97 que trata da não incidência do ICMS no transporte de carga própria ou transferência de mercadoria entre estabelecimentos do mesmo titular em veículo próprio.

Diz que a Súmula de nº 166 do STJ, que transcreveu (fl. 30), uniformizou o entendimento acerca da matéria e que no máximo pode ter ocorrido o descumprimento de obrigação acessória, cabendo neste caso, uma multa formal. Transcreve o Acórdão CJF nº 3.245/96 e diz que no seu entendimento corresponde a uma situação análoga, não podendo prosperar o lançamento, realizado em desobediência à legalidade, “que se prosperar, resultará em cobrança despropositada, permitindo o enriquecimento do Estado da Bahia, sem causa que o justifique, o que não pode ser aceito”, maculando gravemente a relação entre fisco e contribuinte.

Ressalta que sempre agiu de boa fé, obedecendo às regras impostas e é inadmissível a cobrança do imposto sem a ocorrência do fato gerador.

Quanto à multa aplicada, diz que é exorbitante o percentual de 70% para um erro formal na emissão de documento. Transcreve o “caput” do art. 150 e o inciso IV da CF/1988, que assegura aos contribuintes a vedação aos entes tributantes utilizarem o tributo com o efeito de confisco.

Cita o entendimento da doutrinadora Ângela Maria da Mota Pacheco (fls. 32 e 33) sobre o caráter confiscatório das multas de ofício e afirma que a multa aplicada colide com os princípios do ordenamento tributário nacional, “além de ser um valor exorbitante”.

Por fim, requer que sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, especialmente a prova pericial técnica, e insiste na realização de revisão por fiscal estranho ao feito, sob pena de cerceamento ao direito de defesa. Pede que o lançamento fiscal seja julgado improcedente ou procedente em parte com a aplicação de multa de caráter acessório.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 45 e 46), diz que, quanto às alegações defensivas de que ocorreram perdas na movimentação de estoques ou falhas na pesagem do produto, tais fatos não foram devidamente registrados.

Afirma que em verdade os tambores que armazenam o IPPI não estão tão próximos do mar para que possam sofrer danos causados pelo salitre, como afirma o autuado, e que no seu entendimento parece improvável que as garras da empilhadeira possam furar os tambores que armazenam o produto.

Admite ser verdadeira a alegação defensiva de que o produto que cai ao solo é contaminado, mas isso acontece em quantidades pouco apreciáveis.

Pondera, que durante o ano de 1999, foram movimentadas 74,1 ton do produto (estoque inicial + entradas) e a omissão de saída apurada de 15,58 ton corresponde a 21% do total. Diz que as razões trazidas pelo autuado de que trata-se de perdas, “foge a qualquer raciocínio lógico” e se comparado a saídas acobertadas com nota fiscal de 58,52 ton este percentual se eleva para 26,6%, o que não é razoável, admitindo-se nas empresas industriais situadas no Pólo Petroquímico de Camaçari, perdas por movimentação de produtos e diferença de pesagem da ordem de 1% a 2%.

Alega que não tem cabimento o pedido por parte do autuado de uma análise da lama orgânica, “pois quem tem um pouco de conhecimento sobre processos industriais em plantas petroquímicas e de química fina, sabe que os produtos não são fabricados com pureza total (100% puro) pois normalmente não há viabilidade econômica que a justifique. Existem correntes (misturas de diversas substâncias químicas) de processo, especialmente as que saem das colunas de destilação, que carregam produtos que não puderam ser separados no processo, por uma questão mesma de limitação tecnológica. Dentre esses produtos sem dúvida poderemos encontrar o IPPI, que deve ser, juntamente com outros produtos, enviados para depósito como lama orgânica”.

Afirma que o pedido de diligência formulado pelo autuado lhe parece ter apenas efeito protelatório tendo em vista que requer uma análise técnica de alta complexidade para determinar as quantidades de IPPI existentes na lama orgânica em estoque, e da que foi enviada a CETREL, além da possibilidade de existir mais de uma corrente de processo que descambe na lama orgânica.

Quanto à alegação defensiva, de que não houve venda do produto sem nota fiscal e sim remessa entre seus estabelecimentos, afirma que não há prova do alegado, além de que nem todas as operações de transferência entre estabelecimento da mesma empresa são isentas ou fora do campo de incidência do ICMS, inclusive a suposta operação alegada pelo autuado.

Por fim, afirma que, pelo exposto e considerando a inconsistência dos argumentos defensivos apresentados, entende que o autuado cometeu as irregularidades tipificadas na autuação e que, para resguardar os interesses da Fazenda Pública Estadual, pede a procedência total do Auto de Infração.

## VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em razão de utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material de consumo do estabelecimento e pela falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saída de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais.

Inicialmente deixo de acatar o pedido de diligência formulado, tendo em vista que, conforme disposto no art. 147 do RPAF/BA, a mesma deve ser realizada para trazer ao processo elementos que possam dirimir dúvidas entre a acusação e as provas apresentadas na defesa. No presente caso, diante dos demonstrativos elaborados pelo autuante o autuado suscitou diversas hipóteses que culminaram na irregularidade apontada, mas não apresentou nenhuma prova de suas alegações, logo não se estabeleceu nenhum contraditório, o que constitui de fato apenas a negativa do cometimento da infração, motivo pelo qual indefiro o pedido de diligência.

No mérito, quanto à primeira infração, foi reconhecida e paga pelo autuado (fl. 50), portanto deve ser mantida, com a homologação dos valores recolhidos.

Em relação à Infração 02, o autuado alegou que diversas toneladas do produto eram movimentadas diariamente entre as plantas “N” e “P” e alega que ocorreu falha na emissão de documentos fiscais o que gerou distorções nos estoques, mas que, em se tratando de transferências, não é cabível a exigência do ICMS.

Verifico que pela análise dos demonstrativos elaborado pelo autuante, relativo ao produto IPPI em 1999, foram registradas entradas no estabelecimento autuado de 43,7 ton em apenas cinco notas fiscais (fl. 12) e saída de 58,52 ton em nove notas fiscais (fl. 13) e o livro Registro de Inventário registrou estoque inicial de 30,40 ton (fl. 15) e estoque final zero (fl. 16 e 17).

Entendo que tendo ocorrido movimentação do produto apenas no mês de janeiro e fevereiro de 1999, diante da acusação caberia ao autuado trazer ao processo a prova documental que elidisse a acusação, o que não ocorreu.

Ademais, houve um equívoco por parte do autuado ao indicar na defesa o artigo 8º do RICMS/97, que trata da não incidência das operações de transporte em veículo próprio, bem como a citação do Acórdão JF n° 3.245 (fl. 31) que decidiu sobre a exigência de imposto de operação de circulação com arrendamento mercantil, também amparada pela não incidência. No caso em tela, mesmo admitindo-se que a diferença tenha ocorrido pela falta da emissão de documento fiscal pelo estabelecimento autuado, ao contrário do que foi indicado na defesa, ocorre o fato gerador do ICMS nas operações de transferência, conforme ressaltado pelo autuante, nos termos do art. 2º, I, do RICMS/97:

*Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:*

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro do mesmo titular;*

Quanto à alegação defensiva, de que a omissão de saída apurada decorreu da falta de contabilização de perda normal (volatilidade), falha na pesagem do produto, furo nos tambores, o autuante argumentou que a omissão de saída apurada de 15,58 ton corresponde a 21% das entradas e 26,6% das saídas do produto no período considerado na autuação.

Entendo que assiste razão ao autuante, tendo em vista que pelo senso comum e histórico de laudos técnicos, o percentual de perdas das empresas localizadas no Pólo Petroquímico de Camaçari não atinge percentuais tão elevados, admitindo-se, a depender do produto, um percentual máximo de 3%. Logo, não pode ser acolhida a argumentação do autuado.

Ainda quanto a essa alegação, observo que o estoque final de 1999 do produto IPPI no estabelecimento autuado foi zero, tendo o mesmo informado que deixou de produzir o citado produto. Concluo que, tendo decorrido mais de quatro anos entre o encerramento da produção do produto e a autuação, conforme ressaltado pelo autuante, a apuração dessas perdas requisitada pelo autuado através de diligência é impossível, tendo em vista que seria necessário analisar não só os resíduos estocados, mas também o que foi incinerado nos últimos cinco anos para atestar o teor do IPPI.

Quanto à alegação de que a multa aplicada é confiscatória, verifico que a mesma aplicada à infração descrita no Auto de Infração tem previsão na Lei nº 7014/96 (art. 42, III), e este órgão julgador não têm competência para apreciar pedido de dispensa ou redução de multa decorrente de obrigação principal. Essa competência é exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Dessa forma, julgo procedente a infração 02, com valor devido de R\$24.217,19.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos, conforme DAE anexado (fl. 40).

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269194.0017/04-3**, lavrado contra **GRIFFIN DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.083,93**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.866,74 e 70% sobre R\$24.217,19, previstas no art. 42, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de março de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR