

A. I. Nº - 207103.0001/04-8
AUTUADO - POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
AUTUANTES - LINDINALVA RODRIGUES DA SILVA/LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 10.05.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0129-02/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Comprovado 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. **b) PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. CLÁUSULA FOB.** Infração elidida. **c) PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO A PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO.** Infração comprovada. **d) OPERAÇÃO NÃO TRIBUTADA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE INTRAMUNICIPAL.** Infração comprovada. **e) DESTAQUE A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL.** Infração comprovada. **f) DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE.** Infração comprovada. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO.** É devido o pagamento do diferencial de alíquotas, com a exclusão de brindes. Infração parcialmente procedente. **b) SERVIÇO DE TRANSPORTE COM INÍCIO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO NÃO VINCULADA A OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO SUBSEQUENTE ALCANÇADA PELO ICMS.** Infração parcialmente comprovada, com exclusão de nota fiscal relativa a brindes. **3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. 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 entradas omitidas. Corrigidos erros na auditoria de estoques através de documentos fiscais apresentados na defesa

através de revisão fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidades argüidas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/03/2004 exige o pagamento de ICMS, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. ICMS de R\$ 239.125,82 e multa de 60%.
2. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS de R\$ 65.483,19 e multa de 60%.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a prestação de serviço de transporte, cláusula FOB, vinculadas às operações de vendas de mercadorias. ICMS de R\$ 172,16 e multa de 60%.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte, interestadual ou intermunicipal não vinculado a processo de industrialização, produção agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas. ICMS de R\$ 2.478,65 e multa de 60%.
5. Deixou de recolher ICMS referente a diferença de alíquota na utilização de Serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da Federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto. ICMS de R\$ 4.653,56 e multa de 60%.
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal. ICMS de R\$ 5.624,68 e multa de 60%.
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no (s) documentos(s) fiscal (is). ICMS de R\$ 735,00 e multa de 60%.
8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade. ICMS de R\$ 620,82 e multa de 60%.
9. Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado. ICMS de R\$ 8.049,87 e multa de 60%.
10. Recolheu a menor o ICMS 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. ICMS de R\$ 24.656,43 e multa de 60%.
11. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o

sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS de R\$ 5.715.664,32 e multa de 70%.

O autuado apresenta impugnação tempestiva ao lançamento (fls. 572/598), e alega as seguintes razões de fato e de direito:

1. Que a ação fiscal alcançou o exercício de 1999, onde foram verificadas as operações mercantis e industriais do autuado.
2. Que independente do laborioso trabalho, executado pelos autuantes, estes não entenderam com a devida e necessária precisão, as informações contidas nos documentos fiscais, ou mesmo de controle interno, que utilizaram no curso da ação fiscal.
3. Aponta sucessivos erros nas quantidades produzidas, transcritas para o demonstrativo estoque anual, por ser uma planta industrial – petroquímica – que produz resinas em vários grades a partir do principal insumo que é o Eteno. Seu processo produtivo – registrado em seus livros e documentos fiscais – se inicia com insumos (matéria prima, material secundário e material de embalagem), passando pela fase de produtos em processo (ou semi-acabados), para, finalmente, chegar aos produtos acabados (prontos para comercialização).
4. Notou, na alimentação dos dados, que originam o demonstrativo de estoques, no qual se pretende realizar o levantamento quantitativo de produtos acabados (resinas), foram consideradas as quantidades produzidas de produtos em processo e produtos acabados e não, somente, o ultimo. Isto se deu pelo fato de que o demonstrativo de custo industrial, substituto do livro Registro de Controle da Produção e do estoque, informa a quantidade de resina processada (produzida) no período (mês), assim como a quantidade desta mesma resina ensacada. Esta ultima sim, o produto acabado e disponibilizado para comercialização.
5. Afirma que o entendimento é fácil, pois, na fase de produção, ocorre a transformação dos insumos (matéria prima e material secundário), na resina granulada, computada como produto em processo, ou semi-acabado, que não é comercializada desta forma (granel, sem estar embalada). Em seguida temos o ensaque, utilização do material de embalagem, quando a resina é acondicionada em sacos de 25 Kg e expedida para venda, agora sim, como produto acabado.
6. Afirma que a produção processada no período não se traduz em produto acabado, pois o produto final do autuado é a resina ensacada, em embalagem de 25 Kg, informada no demonstrativo de custo industrial, e ela é que deve ser considerada, como a produção de resinas do período para efeito de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.
7. Assim, a planta estaria movimentando no curso do processo produtivo, um estoque de insumos (silos, tubovia ou tanques), de produtos em processo (linha de produção) e produtos acabados (armazém), totalmente distintos um do outro. Para melhor entendimento deste ciclo produtivo, é indispensável o conhecimento de contabilidade industrial.
8. Está comprovado nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, que foi considerada a produção de resinas processada no período (produtos em processo) e não a ensacada (produto acabado), sendo que somente é comercializada a produção ensacada.

9. Exemplifica: a planta processa 1.000 T da resina FA-31, e ensaca 925 T. Logo, tem como quantidade produzida da resina FA 31, neste período, 925 T que são disponibilizadas (transferidas para armazenamento e expedição) e comercializadas. As restantes 75 T serão ensacadas no período seguinte.
10. Anexo resumo dos DEMONSTRATIVOS DE CUSTO INDUSTRIAL, analítico, resina por resina, mês a mês, comprovando o erro cometido no aludido demonstrativo ESTOQUE ANUAL.
11. Reclama que as notas fiscais de saídas não obedecem a uma seqüência lógica, o que dificulta uma conciliação e análise mais depurada, tornando curto o prazo regulamentar desta petição, em virtude do grande volume de documentos computados (aproximadamente 16.700 notas fiscais).
12. Também que foi estratificada uma mesma resina, quatro vezes, como no caso da resina GM-945 F, inclusive com preços médios diferentes, (R\$ 1,62 e R\$ 0,02), tornando insegura a determinação da base de calculo desta resina. Questiona se as demais estão corretas.
13. No caso específico das saídas, não foram excluídas as notas fiscais de complemento de preço, tanto nas vendas no Estado (CFOP 511), e para outras unidades da Federação (CFOP 611), quanto “as destinadas à exportação (CFOP 711)”, o que distorce o levantamento, devido a várias saídas em duplicidade. Anexa demonstrativo com as notas fiscais que efetivamente caracterizam saídas de mercadorias no período levantado.

No mérito, ataca as infrações na mesma ordem do Auto de Infração:

14. Infração 01 – Que na ação fiscal foram glosados os créditos fiscais destacados nas notas fiscais de aquisição de insumos utilizados diretamente no processo produtivo, cujo direito a utilização está previsto no art. 93, I “b”, e § 1º, I, “c” e inciso II do RICMS/97. A referência é aos insumos Hipoclorito de Sódio, aditivos dispersantes, inibidor de corrosão e para sistema de resfriamento, Dowtherm, Bola cerâmica etc.
15. Também que foram incluídas várias notas fiscais de aquisições de bens, destinados ao ativo fixo do autuado, cujo credito fiscal está assegurado no RICMS.
16. Infração 2 – Decorreu do entendimento da infração 01, contudo, ao longo do demonstrativo também se constata a exigência do imposto nas aquisições de outros bens, destinados ao ativo fixo, tais como conversor, potenciômetro, torquímetro, compressor, calibrador, motor, medidores, válvulas, etc.
17. Infração 3 – Explica que ocorreu mero erro da transportadora Transfarma, quando da emissão do CTCR n 122, assinalando a operação como “frete a pagar”. O serviço foi contratado pelo autuado e contra ele faturado, sendo liquidado e registrado regularmente no livro Registro de Entradas, conforme copia do CTCR que anexa.
18. Infração 4 – A glosa destes créditos fiscais está diretamente ligada à interpretação da Infração 01, sendo o tratamento dado ao frete rodoviário como acessório à operação de aquisição dos insumos, e não uma operação independente. Atente-se para o fato da inclusão dos CTCR’s de aquisição de bens destinados ao ativo fixo, com credito fiscal assegurado pelo RICMS. Chama a atenção para o fato de que, nas saídas isentas de produtos, destinados a Zona Franca de Manaus, o correspondente frete é tributado, não sendo considerado como operação acessória, ou seja, dois critérios para situação análoga.
19. Infração 05 – Mesmo tratamento da matéria da infração 2, desta feita se relacionando ao frete. Todavia não há motivo para inclusão dos fretes relativos às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, e mesmo retorno de conserto de bens que integram o ativo imobilizado do autuado. Também que encontrou no demonstrativo, conhecimentos de

transporte aéreo, cuja alíquota foi definida por Resolução do Senado Federal, que entende não estar ao alcance do diferencial de alíquota.

20. Infração 06 – Estes serviços foram contratados para transporte de resinas entre a Polibrasil e a Politeno, enviadas para industrialização. A transportadora emitiu incorretamente os CTIRC's com destaque do imposto. O fato é que o referido documento fiscal foi emitido em conformidade com o art. 382, I, "a" do RICMS/97. Como o serviço já havia sido prestado e, inclusive o canhoto do CTIRC assinado e destacado, inviabilizando o cancelamento do documento fiscal, o autuado entendeu que o procedimento correto seria a retenção e recolhimento do imposto, como assim o fez, e a utilização do crédito fiscal, na forma prevista no art. 112 do RICMS.
21. De fato, sob uma ótica, ocorreu o crédito fiscal indevido, apontado pelos autuantes, no entanto, o autuado reteve indevidamente o ICMS que entendera incidente na operação e o recolheu, também indevidamente, a Fazenda Pública. Aduz que não se pode esquecer o fato de que foi o autuado quem sucumbiu, com o ônus do imposto, lhe sendo assegurado o ressarcimento do indébito, na forma regulamentar. Acaso não fosse adotado tal procedimento, o autuado teria que requerer a restituição, que certamente seria na forma de crédito fiscal, conforme preconiza o RPAF/99. No presente caso, o máximo que poderia ser exigido seria a aplicação de penalidade pela falta de comunicação a repartição fazendária.
22. Infração 7 – Reconhece a procedência da acusação.
23. Infração 8 – Reconhece a acusação.
24. Infração 9 – Não entendeu com precisão a acusação. Informa que o referido imposto, destacado nos documentos fiscais relacionados, não foi retido nem recolhido pelo fato de os documentos fiscais não terem sido emitidos na forma prevista no artigo 382, I, a, 1 do RICMS, e as transportadoras estarem inscritas no cadastro de ICMS da SEFAZ.
25. Infração 10 – A base de cálculo a menor se refere à falta de inclusão das despesas de armazenamento nas importações, pelo fato de o autuado entender que não se tratam de despesas aduaneiras, cujo montante vem sendo depositado em juízo. Destaca que parte das importações se refere a insumo e ativo fixo, cujo crédito fiscal é assegurado na forma da lei.
26. Infração 11 – Passa a analisar tanto as omissões de saídas quanto de entradas, chamando atenção para os demonstrativos que inseriu e anexou como meio de prova das alegações.
27. Aponta os equívocos cometidos pelos autuantes, de todos os produtos relacionados nos demonstrativos de estoque, de que resultaram as omissões de saídas e as omissões de entradas.

A final, pede revisão fiscal, inicialmente pelos próprios autuantes, com relação à infração 11 e por auditor fiscal estranho ao feito, de preferência com conhecimento de contabilidade industrial e custo, acompanhado por perito indicado pelo autuado. Requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Os autuantes prestam a informação fiscal, fls. 872/896, nos seguintes termos:

1. Utilizaram o programa SAS para efetuar o levantamento quantitativo. O programa recepcionou o arquivo magnético referente ao exercício de 1999, fornecido pelo autuado, sendo que, para efeitos de levantamento quantitativo, as informações aproveitadas são as relativas às entradas e saídas com notas fiscais.
2. Alimentaram o programa com as informações referentes a Estoque Inicial e Final, Consumo Cativo, Perdas, Produção, e estorno das quantidades constantes das notas fiscais de saídas referentes a complementos de preço, das saídas para serviço de industrialização, das saídas para entrega futura; e saídas para revenda, consignadas no arquivo magnético.

3. O autuado identificou, por resina, quais notas fiscais de saída não deveriam ter suas quantidades consideradas como saída, por enquadrarem-se como complemento de preço, serviço de industrialização; entrega futura ou revenda, e esta auditoria acatou tal levantamento, lançando tais quantidades na Planilha de Produção (anexo nas folhas 227 a 232 do PAF).
4. Como tais notas fiscais não deveriam constar do levantamento, mas o programa não permite que sejam eliminadas as notas fiscais constantes do arquivo magnético, criaram um artifício que estornasse, das quantidades, aquelas notas que não deveriam compor o levantamento quantitativo. Após a identificação das notas, pelo autuado, efetuaram o somatório de tais notas fiscais, por resina, e lançaram tais quantidades no mês 01, da Planilha de Produção, tendo assim, como identificar, exatamente, quais quantidades foram lançadas, para efeito de estorno.
5. Além disso, o autuado em seu demonstrativo do Custo Industrial, apresenta na rubrica Outras Entradas e Reclassificação/Devolução, quando positiva, entradas que foram levadas à Planilha de Produção lançadas no mês 3. Quanto à Produção propriamente dita, suas quantidades foram lançadas no mês 12.
6. Quanto às saídas, consignadas no arquivo magnético, não fizeram qualquer ajuste de modo direto. Contudo, as saídas foram alteradas, em razão do estorno das quantidades constantes das notas fiscais de saídas e que não deveriam fazer parte do levantamento quantitativo, como acima explicitado. Assim, o relatório de notas fiscais de saída constante deste PAF apresentará todas as notas fiscais, inclusive as que tiveram suas quantidades estornadas. Ressalta que as quantidades computadas no levantamento quantitativo estão ajustadas de acordo com as informações apresentadas pelo autuado.
7. As saídas para teste foram lançadas no mês 1 da Planilha de perdas, (anexo nas folhas 286 a 290), e, nesta mesma Planilha, lançaram a reclassificação, quando negativa, e avarias no mês 12.
8. Gizam que toda esta metodologia é do inteiro conhecimento do autuado, tanto que foi ele quem identificou, em seu arquivo, quais notas deveriam ser excluídas do levantamento quantitativo, como pode ser comprovado nos documentos de fls. 236 a 263 e 264 a 285.
9. Todas as informações para o levantamento foram fornecidas pelo autuado, através do Registro de Inventário; Resumo Anual do Mapa de Produção, Demonstrativo do Custo Industrial; Planilha de Consumo Cativo; Planilha com quantidades das notas fiscais de complemento de preço, por resina e, Arquivo Magnético.
10. A alegação de que teríamos apurado dados das resinas a granel (Produção), quando o correto seria os dados das resinas ensacadas, não encontra qualquer fundamento, seja no Resumo Anual do Mapa de Produção – Demonstrativo de Custo fornecido a esta auditoria fls. 214 a 220, seja no Resumo Anual do Mapa de Produção – fls. 603/610, ora apresentado pelo autuado. Inclusive as quantidades apresentadas são idênticas às do primeiro documento. A única diferença entre os documentos é que para algumas resinas a coluna de produção do mês aparece nomeada como Produção Ensacada, ou seja, as quantidades são as mesmas, apuradas por esta auditoria.
11. As quantidades das resinas constantes do Livro Registro de Inventário nº 02, referente ao exercício de 1999, (fls. 900 a 906), são exatamente iguais, às quantidades apuradas por esta auditoria.
12. Que houve uma inversão nos nomes das “quantidades de saídas” e “estoque final”, mas não dos dados.
13. A resina GM 9450F, foi estratificada, pelo autuado, quatro vezes no arquivo magnético, portanto o autuado foi quem não teve o devido cuidado na apresentação dos dados no arquivo magnético.
14. De qualquer sorte, as ocorrências acima não descaracterizam, nem causam qualquer turbulência ao andamento do PAF, consoante o § 1º do Artigo 18 do RPAF.

15. Quanto à infração 01, lembra que o entendimento do Estado da Bahia é de que somente os materiais que sejam consumidos no processo ou integrem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à produção é que são passíveis de creditamento. A jurisprudência assente no CONSEF, é da impossibilidade de aproveitamento de créditos relativos a ADITIVO DE ÁGUA; HIPOCLORITO DE SÓDIO; SODA CÁUSTICA; ÁCIDO CLORÍDRICO; FREON; ÁCIDO PELARGÔNICO; DESATIVADOR DE CATALISADOR; AMÔNIA PRESSURIZADA; GRAXA DE SILICONE; PENEIRA MOLECULAR; FILTROS; ARGÔNIO; BOLA CERÂMICA; E FLUÍDO TÉRMICO, existindo decisão contra o autuado nos Acórdãos JJF 0186-02/02, e JJF 0052-02/04, no que tange a estes mesmos produtos, aqui glosados.
16. Descreve a destinação de tais produtos no processo produtivo, como materiais de uso/consumo e peças de reposição, ou seja componentes de equipamentos que se desgastam ao longo do processo produtivo, e são repostos para garantir o perfeito funcionamento dos equipamentos. Tais materiais não podem ser caracterizados como ativo fixo, uma vez que sua vida útil, normalmente, é inferior a um ano.
17. Quanto à alegação, de que esta auditoria teria incluído várias notas fiscais de aquisição de bens, destinados ao ativo fixo, o autuado não comprovou quais seriam estas notas, os respectivos materiais, assim, como, qual a sua utilização no processo produtivo.
18. Infração 03 – Reconhece que o autuado tem razão, e exclui o CTCR 122 da Transfarma, uma vez comprovado que houve erro na emissão do conhecimento de transporte, como “frete a pagar”.
19. A infração 04 está vinculada à infração 01, que foi mantida na íntegra.
20. A infração 05 está vinculada à 04, e também mantida em sua integralidade.
21. Na infração 06, como não há previsão legal de incidência de ICMS em operação de prestação de serviços de transporte intramunicipal, o autuado não pode beneficiar-se do creditamento. Verifica-se que quem arcou com o ônus indevido da transação foi a transportadora, pois a autuada não reteve/apurou ICMS relativo a esta operação como pode ser verificado em seu Relatório de Substituição Tributária, ora anexado a este PAF, nas folhas 908 a 973.
22. Infração 09 – Mantém a infração em sua totalidade, pois o autuado deveria ter retido e recolhido o ICMS constante dos conhecimentos de transporte. Ademais, não procede a alegação de que os conhecimentos de transporte não foram emitidos em conformidade com o art. 382. Os conhecimentos anexados às folhas 197 a 199 deste PAF comprovam a inadequação da alegação do autuado.
23. Infração 10 – Mantém na íntegra. O autuado não agregou as despesas aduaneiras à base de cálculo do ICMS nas operações de importação, acarretando recolhimento a menor do ICMS. O autuado tem efetuado depósitos judiciais, desta diferença, pois entende que, apesar da definição legal, as despesas aduaneiras não integram a base de cálculo nas importações. Esta auditoria, em conformidade com o art. 58 I “e” do RICMS/97, apontou as diferenças existentes e efetuou sua cobrança através do auto em discussão. Quanto à alegação de que parte das importações são relativas a insumo e ativo fixo, que teriam o crédito assegurado por lei, nada temos a acrescentar já que este PAF em nenhum momento contesta tal direito. Esta infração é relativa, tão somente, ao erro na apuração da base de cálculo nas operações de importação.
24. Infração 11 – A Resina FA-31, tem uma particularidade que a diferencia das demais: é transacionada em quilos, enquanto as outras são transacionadas em toneladas. O programa utilizado para efetuar o levantamento quantitativo não aceita duas unidades de medidas diferenciadas; logo entendeu que todas as quantidades eram expressas em toneladas. Deste modo, as quantidades relativas a esta resina foram ajustadas na Planilha Estoque Anual – Omissão de Saídas, fl. 473 deste PAF, para que pudessem expressar a realidade.

25. Analisam, por resina, a argumentação do autuado. Assim, retificam os dados para a Resina FA 31, que resulta na correta omissão de saídas de 1.941.415,00 Kg.
26. Retificam os dados da Resina GM 9450 F, que resulta na omissão de saídas de 837,900 T.
27. Resina FA 41-D – O artifício utilizado para ajustar as quantidades é do inteiro conhecimento do autuado. Tanto é assim, que as planilhas de identificação das notas fiscais que não deveriam constar como saídas foi acatada por esta auditoria, estando anexa a este PAF, às páginas 236 a 263. Informam que não há qualquer retificação a ser efetuada para esta resina.
28. Resina FM-31 D – Reconhecem que houve um erro, por não ter computado a quantidade de 840,575 T, como estorno lançado no mês de janeiro, quando o correto é a quantidade de 865,575 T, sendo que, nesta oportunidade, efetuam a retificação deste erro. Logo, a quantidade correta de omissão para esta resina é de 135,000 T.
29. Resina IB – 58 – Não há qualquer retificação para esta resina.
30. Resina ZC -59 – O autuado equivocou-se neste item. Repetiu a nomeação da resina como IB-58, sendo que todos os dados referem-se, efetivamente à Resina ZC-59. Neste momento, o contribuinte, anexa nosso resumo anual do mapa de produção, que é acatado, em que o estoque inicial desta resina é de 0,000 T (pág. 605 do PAF). Refazem os cálculos e concluem que não há omissão para esta resina.
31. Resina F-20.1 – Não há retificações a serem feitas.
32. Resinas Z 32 e ID-58. O autuado acata a ação fiscal para estas resinas com o argumento de que os valores são por demais diminutos.
33. Resina 7000 F – Reconhecem que não lançaram no demonstrativo de Estoque Anual as quantidades do Estorno (fl. 227), Perdas (fl. 293) e, Consumo Cativo (fl. 295). Efetuando tais correções esta resina passa a apresentar Omissão de Saídas de 256,700 T. Em função da alteração da omissão de entradas para omissão de saídas, efetuaram o cálculo do preço médio, demonstrado na Planilha folha 899 deste PAF.
34. Resina F-2523 – Não há qualquer retificação a ser efetuada para esta resina.
35. Resina FB-41 – Também não há retificações.
36. Resina 31 D – Não há retificações.
37. Resina FC41, FG-31, FG 31 D, FI 0221, RM 2522, SA – 57, Z-31 D; ZC-30D; – Não há retificações.
38. Resina S-029 e S-1522; ZC 55. – O autuado acata a ação fiscal, sob o argumento de que os valores são por demais diminutos.
39. Resina V-PEBD – Realmente a nota fiscal 91204 deve ser excluída, pois trata-se de sinistro de mercadorias, portanto não há omissão para esta resina.

A final, efetuadas as correções, o valor do crédito reclamado passa a ser de R\$ 5.697.699,18, conforme nova planilha que anexa a este PAF, folha 897, (Omissão de Entradas).

Anexa também nova planilha de estoque anual – Omissão de saídas, anexas nas folhas 898 do PAF, Livro Registro de Inventário nº 02, relativo ao exercício de 1999, fls. 900 a 906.

Após as retificações, o total do crédito reclamado no Auto de Infração, ora em discussão, passa a ser de R\$ 6.049.127,20.

O autuado apresenta contra-razões (fls. 976/980) à Informação Fiscal acima, como segue:

Diz ser irrelevante saber qual o “programa” utilizado pelos autuantes para realização do levantamento quantitativo, mesmo porque independe da sua vontade. No entanto, há de ser utilizada uma ferramenta de fácil manejo e simples compreensão.

A bem da verdade, os equívocos já deram início quando da alimentação dos dados. Confessam os Prepostos Fiscais que “alimentamos o programa com as informações referentes a Estoque Inicial e Final; Consumo Cativo; Perdas; Produção; e...”

Questiona o que é “Consumo Cativo”.

Aponta que não há a menor referência a termos técnicos utilizados internamente por qualquer estabelecimento ou utilização de qualquer outra informação a não ser aquelas ali previstas. E a produção do período levantado, mês a mês, resina por resina, encontra-se no Demonstrativo de Custo Industrial, substituto do livro de Registro de Controle da Produção e do Estoque. Configurado erro crasso na elaboração dos demonstrativos fiscais.

Invoca a ocorrência de artifícios para ajuste de entradas.

Salienta que, não é de sua competência argüir quanto à utilização do sistema/programa utilizado pelos Fiscais para realização do levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, cuja ação fiscal alcançou o exercício de 1999, aonde foram verificadas as operações mercantis e industriais do Autuado.

Diz que o procedimento adotado, pelos autuantes, para elaborar o levantamento quantitativo parece eivado de vício de legalidade, sem fundamentação legal e que, cerceia o direito à ampla defesa, uma vez que se mostram incompreensíveis. Senão, vejamos:

“Tal procedimento tem como ajustar as quantidades de entradas/saídas uma vez que o programa não permite que eliminemos as notas fiscais de saída constantes do arquivo magnético, como meio de preservar as informações apresentadas. Contudo tais notas fiscais não deveriam constar do levantamento quantitativo. Dessa maneira, imaginamos um artifício que estornasse das quantidades aquelas que não deveriam compor o levantamento quantitativo. Após a identificação, pela Autuada de quais notas fiscais deveriam ser eliminadas, efetuamos o somatório de tais notas fiscais, por resina e, lançamos tais quantidades nomes 1 da Planilha de Produção, tendo, assim, como identificar exatamente, quais as quantidades que foram lançadas, para efeito de estorno. Além disso a Autuada, em seu Demonstrativo de Custo Industrial, apresenta nas rubricas Outras Entradas e Reclassificação/Devolução, quando positiva, entradas que foram levadas à Planilha de Produção e lançadas no mês 3. Quanto a Produção propriamente dita, suas quantidades foram lançadas no mês 12.” PAF, 5º parágrafo, fl. 873.

Resumindo, as informações contidas nos demonstrativos, somente podem ser entendidas por eles mesmos. É por isto que anexa um levantamento quantitativo, claro, simples e preciso, que reflete todas as informações contidas no Demonstrativo de Custo de Produção e considerando as notas fiscais que caracterizam a efetiva saída de produtos acabados. Este demonstrativo foi elaborado na Planilha Microsoft Excel, à disposição desta casa ou a quem ela determine seja entregue para verificação, aferição de sua veracidade e conformidade documental.

Em nenhum momento, está alegando que os Autuantes inventaram informações, utilizadas para elaboração dos demonstrativos. Afirmam e comprovam que utilizaram informações incorretas. Exemplo disto está no 3º parágrafo da Informação Fiscal prestada, à fl. 874.

Alega que já provaram que não foram excluídas todas as notas fiscais de complemento de preço. Questiona se não seria o caso de se decretar nulidade deste lançamento e determinar nova ação fiscal, pois dificilmente conseguirá remendá-lo.

Aduz que está ocorrendo “Conflito de Opiniões”, e que é difícil entender o trabalho fiscal realizado, pois elaborado totalmente fora de normas regulamentares e descabido para o fim que se pretende.

Reitera toda a argumentação da peça vestibular quanto ao mérito de lançamento de ofício e mantém todos os demonstrativos apresentados na impugnação referente à infração 11.

Pede revisão da ação fiscal como meio de dirimir todas as dúvidas e ver-se comprovados, por estranho ao feito, os números e informações apresentadas.

A 3ª JJF encaminhou o presente PAF, em diligência, à Inspetoria de origem, para que auditor fiscal, estranho ao feito, efetuasse revisão na infração 11, em decorrência das alegações manifestadas pelo autuado, em contra-razões à informação fiscal. Também que fosse esclarecida a expressão “consumo cativo”. (fls. 984/985).

Auditoras fiscais, estranhas ao feito, elaboram o Parecer Fiscal de fls. 990/1002, e manifestam-se da seguinte forma:

“Verificamos que a quantidade utilizada pelos autuantes foi a da produção ensacada, considerado pelo contribuinte como produto acabado. No demonstrativo de Custo Industrial anexo a este PAF, tanto pelos autuantes, fls. 214 a 220, como pela autuada, fls. 600 a 609, substituto do Livro de registro de Controle de Produção e Estoque, não consta a quantidade de resina processada, mas somente a resina ensacada (produto acabado) sendo estas as quantidades, consideradas pelos autuantes no Levantamento Quantitativo por Espécies de Mercadorias.

No seu processo produtivo a empresa transforma insumos e material secundário em resina granulada, e desta resina é retirada parte para a produção de outras resinas (Consumo Cativo).

O contribuinte apresentou, após intimação, a definição de consumo cativo como: “As resinas produzidas pela Politen e utilizadas novamente durante o processo produtivo (misturada) para geração de uma outra resina”.

Após intimação, o contribuinte apresentou o controle do estoque dos produtos em processo (granel), o qual anexamos a este PAF. Neste demonstrativo fls. 1.026 a 1.030 deste PAF, constam a produção em granel, seu estoque anual anterior e a produção ensacada.”

Assim, de posse do demonstrativo, os diligentes encontraram a produção ensacada no período, e como o levantamento foi feito, a partir da produção ensacada, concluíram ser indevida a retirada do valor do consumo cativo desta produção.

Esclarecem que no resumo da omissão de saídas e de entradas, os dados da resina GM 9450F foram consolidados, pois no arquivo magnético da empresa elas encontram-se indevidamente, como se fossem produtos distintos.

Constatam ainda que as notas fiscais de complemento de preço foram retiradas do levantamento, uma vez que, foram estornadas através do lançamento das respectivas quantidades, na entrada. Salientam que a listagem das notas fiscais de complemento de preço, estornadas do levantamento quantitativo encontram-se às fls. 236 a 285 deste PAF.

Refizeram o demonstrativo das omissões de entradas e de saídas por resinas, tendo retirado das quantidades de saídas de cada resina, o consumo cativo. Resultou em omissão de saídas, sendo alterado o preço médio, com base nas saídas (fls. 1.006 a 1.025 do PAF).

O crédito reclamado passou a ser de R\$ 1.684.373,58, relativo a omissão de saídas, sendo que a omissão de entradas, em valor inferior, foi de R\$ 9.870,25.

Anexaram cópia do Livro Registro de Inventário no exercício de 1998, Demonstrativo da Saída de Consumo cativo de 1999, Demonstrativo de Preço Médio e Relatório de produto ensacado e à granel.

Após as retificações efetuadas, o total do crédito tributário deste Auto de Infração passou a ser de R\$ 2.035.801,60.

O contribuinte, após ser intimado do resultado da diligência, vem aos autos, fls. 1043 a 1045, e pede revisão, sob o argumento de que efetuou criteriosa análise e conciliação do resultado final dos trabalhos das revisoras, e o resumiu no demonstrativo “Análise das divergências entre o demonstrativo da revisão e os relatórios da Politeno, aonde demonstra algumas irregularidades , em virtude das divergências das notas fiscais.

Chama a atenção para o fato de que, somente, a resina F-2523 apresenta pequena omissão de saída, que deverá ser retificada de 277,000 T para 53,850 T, após a retificação das notas fiscais de saídas, consideradas pelos autuantes, nos demonstrativos (trabalho realizado pelo autuante e anexado a esta peça em CD-R.)

Diz que a revisão é necessária, vez que a revisão anterior tratou somente de consumo cativo, e não houve o confronto entre as divergências apontadas na peça vestibular e o demonstrativo de saídas de mercadorias (notas fiscais).

Chama especial atenção para a resina GM 9450. Anexa arquivo magnético na linguagem Microsoft Excel, aonde constam todas as planilhas que respaldam suas alegações.

Em decorrência dos argumentos acima, esta 2ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado, e confrontada a diligência, já realizada, com as questões trazidas pelo contribuinte.

Os diligentes, atendendo ao solicitado, elaboraram o Parecer de fls. 1640 a 1642, e após retificações, o valor do crédito reclamado, relativo ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias passa a ser por omissão de entradas, no valor de R\$ 89,43 e omissões de saídas no valor de R\$ 4,44, conforme planilhas de fls. 1635 a 1639. O total do crédito reclamado deste Auto de Infração passou a ser de R\$ 351.517,45.

Ressaltam que, somente nesta segunda revisão é que tiveram acesso à informação de que a resina GM 9450-F, não foi produzida pela empresa, e sim adquirida, o que dificultou a conclusão das investigações anteriores.

O autuado ao ser cientificado do resultado da diligência não se manifestou.

Esta 2ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à inspetoria de origem, para que os autuantes fossem cientificados do resultado da diligencia, sendo que, após a intimação, não se manifestaram.

VOTO

Da análise das peças e demonstrativos constantes do presente Auto de Infração, teço as seguintes considerações relativas ao mérito, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado obedecendo aos ditames do art. 38 do RPAF/99 e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Na infração 01, foi detectado que a empresa utilizou indevidamente crédito fiscal de materiais de uso e consumo, de produtos tais como Hipoclorito de sódio, aditivos dispersantes, inibidor de corrosão e para sistema de resfriamento, dowtherm, bola cerâmica, etc.

Verifica-se que os autuantes discriminaram os materiais na planilha de fls. 92 a 99, que traz os cálculos relativos ao crédito indevido (infração 01), bem como da diferença de alíquotas (infração 02).

Processo desta empresa, julgado recentemente, por este Conselho de Fazenda, Acórdão JJF nº 0052-02/04, foi diligenciado à ASTEC, do que resultou o Parecer nº 0168/2003. Naquele Parecer, o revisor fiscal prestou as informações e esclarecimentos relativos aos produtos objeto semelhante aos abrangidos neste lançamento, como segue:

“Infração 01 – foi informado que os produtos têm as seguintes utilidades no processo produtivo:

“ADITIVO DE ÁGUA – utilizado na água das torres de resfriamento, cuja função elementar é no sentido de evitar a formação de borras e incrustações ao longo das linhas de refrigeração. Alguns têm características biocidas, outros anti-corrosivos e também aqueles que modificam o ponto de evaporação da água. É imprescindível sua utilização no processo como forma de se evitar a corrosão e entupimento das linhas de resfriamento da planta, uma vez que o sistema não é hermético, ficando à deriva da contaminação do ambiente.

SODA CÁUSTICA – Utilizada para tratamento de efluentes líquidos do processo, que retornarão ao meio ambiente, principalmente os de natureza ácida.

DESATIVADOR DE CATALISADOR – Reagente catalítico com função de neutralizar ou reduzir a velocidade da reação química. Um catalisador “ao inverso”.

ADSORVENTE DE CATALISADOR – Reagente com a finalidade de aumentar a velocidade de reação química de determinados agentes do processo. A utilização do crédito fiscal de catalisadores está prevista no artigo 93, I, b, do RICMS.

GRAXA DE SILICONE – Utilizada como vedante na substituição de partes e peças (selos, mecânicos e retentores) dos equipamentos por onde o produto passa ou tem contato direto.

PENEIRA MOLECULAR – Espécie de filtro, que reveste as partes internas dos compressores de alta pressão, que tem a função de garantir que o produto final prossiga pelo sistema na forma de grânulos de “arroz”.

FILTROS – Substituto da peneira molecular, podendo ser utilizado em compressores de baixa pressurização.

BOLA CERÂMICA – Utilizada como refratário.

FLÚIDO TÉRMICO - Este produto é usado internamente nos compressores de alta pressão que esfriam o produto (em forma de caroço de arroz), na fase final do processo, antes de serem embalados. Sua função, lubrificante, é essencial, pois evita que os grânulos da resina “grudem” na parede do compressor, que se encontra em alta temperatura.”

Com relação ao SOLVENTE DE TINTAS e FITA ADESIVA, foi dito que a sua real utilização é como materiais de embalagens do tipo “one way”, sem retorno, que seguem acondicionados ao produto exportado.”

Além do Acórdão JF nº 0052-02.04, também, utilizo como paradigma o Acórdão JF 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 são produtos para uso e consumo do estabelecimento, sendo legítima a exigência fiscal ora apontada.

Quanto ao produto DESATIVADOR DE CATALISADOR, sendo um catalisador ao inverso, entendo que deve ser mantido o crédito fiscal, pois suficientemente demonstrado que é um produto intermediário diretamente afetado 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.

Com relação ao produto hipoclorito de sódio, também existe decisões neste CONSEF, tal como o Acórdão 6ª JF nº 1215, referendado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão nº 1344/00, no sentido de que tal produto é utilizado como material de uso e/ou consumo, fato inclusive confirmado em revisão fiscal naquele processo, no que acompanho.

Assim, procedo às devidas exclusões dos valores relativos a DESATIVADOR DE CATALISADOR, conforme demonstrativos seguintes, ao tempo em que excluo também os valores exigidos na infração 02, relativos a brindes e aos insumos, como segue:

DEMONSTRATIVO DAS NOTAS FISCAIS A SEREM EXCLUÍDAS

Mês	NF nº	Valor NF	C.Fiscal	Difª Aliquota	Ocorrência
Mai/99	227	90.7109,02	15.420,70	-	Desativador de catalisador
Mai/99	245	94.179,85	16.010,57	0	Desativador de catalisador
Mai/99	239	46.526,62	7.909,53	0	Desativador de catalisador
Mai/99	3207	2.961,00	0	296,10	Brinde
Jun/99	261	49.436,72	8.404,24	0	Desativador de catalisador
Jun/99	270	94.335,10	16.036,97	0	Desativador de catalisador
Jun/99	278	49.612,44	8.434,11	0	Desativador de catalisador
Ago/99	3224	1.800,00	0	180,00	Mala brinde da politeno
Ago/99	9230	320,24	0	32,02	Caixa água-amostra grátis
Ago/99	9228	240,090	0	24,00	Pasta brinde
Set/99	139058	110,00	00	11,00	Cd rom da unysis
Set/99	6897	3.070,00	0	370,00	Bonés/camisetas
Nov/99	448	54.272,27	9.226,29	0	Desativador de catalisador
Nov/99	461	54.441,46	9.255,05	0	Desativador de catalisador
Dez/99	467	54.441,46	9.255,05	0	Desativador de catalisador
Dez/99	1420	134.695,21	22.898,19	0	Desativador de catalisador
Dez/99	1422	130.144,70	22.124,60	0	Desativadore de catalisador
Dez/99	3240	900,00	0	90,00	Mala brinde politeno
Dez/99	3242	1.824,00	0	182,40	Agenda brinde
Nov/99	11752	547,00	0	54,70	Cd so mídia
Total		1.680.967,18	144.975,30	1240,22	

Ressalte-se, como frisou os autuantes, que o contribuinte embora tenha alegado que foram incluídas várias notas fiscais de aquisições de bens, destinadas ao ativo fixo, não apontou quais seriam estas notas, os materiais, bem como a sua utilização no processo produtivo.

Assim, o débito deste item fica modificado, nestes meses, mantendo os demais itens do demonstrativo de débito original, conforme abaixo:

MÊS/ ANO	LANÇADO NO A.INFRAÇÃO	VALOR A EXCLUIR	VALOR DO DÉBITO
31/05/99	39.726,36	39.340,80	385,56
31/06/99	35.260,55	32.875,32	2.385,23
30/11/99	20.480,23	18.481,34	1.998,89
31/12/99	79.233,14	54.277,84	24.955,30
Totais	174.700,28	144.975,30	29.724,98

Infração parcialmente mantida.

Quanto à infração 2, diretamente relacionada com a infração 01, nos termos do art. 111, III, “a”, o valor correspondente à diferença de alíquotas nas aquisições de bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente, constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher.

Contudo, as notas fiscais relativas a brindes, devem ser excluídas, conforme o demonstrativo discriminado na infração 01.

Assim, o débito deste item fica modificado, nos seguintes meses, mantendo os demais itens do demonstrativo de débito original, conforme abaixo:

MÊS/ ANO	LANÇADO NO A.INFRAÇÃO	VALOR A EXCLUIR	VALOR DO DÉBITO
31/05/99	2.686,26	296,10	2.390,16
31/08/99	16.906,90	236,02	16.670,88
30/09/99	4.102,06	381,00	3.721,06
30/12/99	12.583,30	327,10	12.256,20
Totais	36.278,52	1240,22	35.038,30

Infração procedente em parte.

Na infração 03 está sendo exigido o ICMS decorrente da utilização indevida de crédito fiscal, relativa a prestação de serviço de transporte, cláusula FOB.

O autuado alega que ocorreu mero erro da transportadora Transfarma, quando da emissão do CTCR nº 122, assinalando a operação como frete a pagar. Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, reconheceram que incorreram em equívoco, vez que a defesa comprovou, documentalmente, que houve erro na emissão do Conhecimento de Transporte, e que arcou com o ônus do frete. Infração elidida.

A infração 04 está vinculada à infração 01, posto que relativa ao crédito indevido de prestação de serviços de transportes, vinculados às aquisições interestaduais, de materiais de uso e consumo. Os materiais transportados estão relacionados no demonstrativo de débito, de fls. 165 a 167, tais como dowtherm, bola cerâmica, Kurizet, therminol.

O diploma regulamentar expressamente veda a utilização do crédito fiscal, de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal, quando o serviço não estiver vinculado a processos de industrialização dos quais resultem operações de saídas tributadas. (art. 97, II, c do RICMS/97).

Verifica-se nas planilhas de fls. 165 a 167, que os materiais transportados são para uso e consumo do estabelecimento, sendo vedada a utilização de crédito fiscal, relativa aos fretes.

Infração mantida.

Na infração 05, exige-se ICMS relativo à diferença de alíquota na utilização de serviço de transporte cuja prestação foi iniciada em outra unidade da Federação, vinculada às compras de materiais para uso e consumo, conforme a previsão do art. 111, III, “b” do RICMS/97.

Os demonstrativos de débito encontram-se às fls. 168 a 173, onde estão relacionados os CTCRC, cujas cópias encontram-se às fls. 174 a 182.

Contudo, a cobrança relativa ao frete de brindes, deve ser excluída, relativa à nota fiscal nº 1225925, com ICMS no valor de R\$ 66,87, de emissão de dezembro/99.

Quanto ao questionamento sobre a incidência do ICMS nos transportes aéreos, em que o autuado sustentou a existência de liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal na ADIn nºs 1600 e 1601, a primeira tendo por objeto a Lei Complementar nº 87/96 e a segunda o Convênio ICMS nº 120/96, no sentido de suspender a execução e aplicabilidade do Convênio mencionado, pronuncio-me como segue:

A esse respeito, é importante assinalar que o CONSEF já proferiu reiteradas Decisões no sentido de manter a procedência da autuação, considerando que este órgão não tem competência para deliberar sobre a alegada inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação tributária em que se baseou o autuante para exigir o tributo, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Entendo que não há como ser acatado o argumento defensivo, uma vez que a liminar concedida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da ADIn 1601/DF não tem o condão de impedir que a autoridade fazendária constitua o crédito tributário, resguardando-se dos efeitos da decadência. Consoante a jurisprudência atualmente assente neste CONSEF, fundamentada em diversos Pareceres exarados pela PGE/PROFI, a referida liminar tão somente suspende a exigibilidade do crédito tributário e impede os atos de constrição concernentes à sua execução. Ademais a regra inserida no artigo 151, do Código Tributário Nacional, dispõe que a concessão de medida liminar suspende a exigência do crédito tributário, mas não a sua constituição.

Esta matéria já foi objeto de inúmeras Decisões exaradas por este Conselho de Fazenda Estadual, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 2560/00, 0049/01, 0268/01, 0476/01, 0309/11-02, 0341/12-02, 0469-12/02, 0030-12/03, 0111-12/03, 0145-12/03, 0248-11/03 e CS nº 0876/01.

Merece transcrição o voto prolatado pelo Conselheiro Sr. Tolstoi Seara Nolasco no Acórdão nº 0111-12/03, porque elucida com precisão o assunto:

VOTO

Conforme foi expressamente observado pela representação da Procuradoria Estadual a legislação em vigor no Estado da Bahia, contida no art. 100. inc. I, do RICMS/97, não contempla hipótese de manutenção de crédito nas remessas de produtos com isenção para a Zona Franca de Manaus, operações reguladas por Convênios dos quais a Bahia é signatária, cujas normas foram inseridas na

legislação estadual. O fato da questão se encontrar “sub judice”, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, em relação aos Convênios impugnados pelo recorrente, não veda a Fazenda Pública de proceder ao lançamento fiscal, especialmente pelo fato de o seu direito de constituição do crédito tributário estar sujeito à extinção por decadência, após o decurso de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência dos fatos que ensejaram o nascimento da obrigação tributária. Todavia, conforme norma estampada no Código Tributário Nacional (art. 151, inc. IV) a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa até decisão da lide no Supremo Tribunal Federal. A intimação para pagamento do Auto de Infração é ato do procedimento que contribuinte pode acatar ou não, inexistindo, neste caso específico, qualquer constrição patrimonial contra o sujeito passivo já que a exigência fiscal ainda não é passível de execução. Neste sentido, correta a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal ao afastar a preliminar suscitada pelo contribuinte.

No mérito, acompanho o pronunciamento da Douta Procuradoria do Estado (PGE/PROFIS), pois a autoridade fazendária aplicou a legislação vigente no Estado da Bahia. O fato de as normas dos Convênios ICMS nºs 02/90 e 06/90, integrados ao RICMS/BA estarem sendo contestados na Justiça não invalida a ação fiscal. As normas impugnadas ainda se encontram inseridas no sistema e somente após decisão de mérito da Justiça se poderá afastar ou não a respectiva aplicação das mesmas. Exigiu-se o estorno dos créditos fiscais relativos às entradas dos insumos e do material de embalagem utilizados na fabricação de produtos semi-elaborados, saídos com benefício de isenção para a Zona Franca de Manaus, por falta de previsão legal para a manutenção dos mencionados créditos.

Relativamente à multa de infração de 60% (sessenta por cento) exigida conjuntamente com o principal, é imposição que decorre de norma contida no art. 42, inc. VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, aplicada pela autoridade fiscal, no cumprimento do seu dever de ofício, de efetuar o lançamento com fulcro nas normas vigentes no sistema tributário estadual. Quanto à questão da legalidade da imposição é matéria que foge da competência dos órgãos administrativos de julgamento, conforme ressalta o RPAF/99, em seu art.167.

Ante o exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário. Fica, entretanto, suspensa a exigibilidade do crédito tributário até Decisão final da ADIn citada nas razões de defesa.”

Infração parcialmente mantida, com exclusão da nota fiscal nº 1225925 de dezembro de 1999, referente a agendas (brindes).

Na infração 06 foi glosado o crédito fiscal de ICMS oriundo de operação não tributada de serviço de transporte intramunicipal.

Constato que os serviços de transporte foram realizados dentro do município de Camaçari, e estão especificados no demonstrativo de débito de fls. 183 a 190. Ocorre que o ICMS não incide sobre as prestações de serviços de transporte intramunicipal, logo não há que se cogitar em creditamento de imposto.

O autuado salientou, na peça de defesa, que reteve e recolheu o ICMS relativo a transportes efetuados por transportadora que emitiu, incorretamente, os CTRC's com destaque do imposto. Verifica-se no Relatório de Substituição Tributária, fls. 908 a 973, que quem arcou com o ônus indevido da transação foi a transportadora, pois o autuado sequer reteve o ICMS relativo a esta operação.

O autuado reconhece que “de fato, sob uma ótica, ocorreu o crédito fiscal indevido apontado pelos autuantes, mas não foi descrito na ação fiscal que reteve indevidamente o ICMS que entendera incidente na operação e o recolheu, também indevidamente à Fazenda Estadual”. Assim, restaria o ressarcimento do indébito na forma regulamentar.

Não concordo com o pensamento do contribuinte, pois os casos de ressarcimento do imposto retido ou antecipado estão regulados no art. 368 do RICMS/97, cabendo o pedido de restituição na forma do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (art. 73 a 83).

Infração mantida.

As infrações 07 e 08 foram reconhecidas pelo contribuinte.

A infração 09 refere-se à falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado.

O autuado nega o cometimento da infração sob o pressuposto de que a obrigação de recolhimento do ICMS caberia à transportadora, e não ao contratante do serviço de transporte, sob pena de recolhimento em duplicidade, haja vista que a transportadora é cadastrada como “normal” junto à SEFAZ.

Consoante o art. 380, II, do RICMS/97, o tomador do serviço de transporte, quando inscrito na condição de contribuinte normal, nas prestações de serviços de transporte vinculadas a contrato para prestações sucessivas, é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição.

O art. 382 especifica as obrigações acessórias que devem ser seguidas pelo tomador do serviço de transporte.

O § 1º, I deste artigo impõe que a emissão dos Conhecimentos de transporte pela empresa transportadora, a cada prestação, será feita sem destaque do imposto, neles constando a expressão “Substituição Tributária – RICMS, art. 382”.

Constato que as cópias dos Conhecimentos de Transporte encontram-se às fls. 197 a 199 e foram emitidos na forma do art. 382, “a” I do RICMS/97. Ou seja, nas prestações de serviços de transporte que envolvam repetidas prestações, a responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, é do tomador do serviço de transporte, tanto na condição de remetente como de destinatário.

Os percursos estão discriminados no demonstrativo de débito de fls. 193 a 196, bem como o número dos CTC’s.

Ressalte-se que a multa aplicada, da ordem de 60%, refere-se à falta de retenção do ICMS, e não à falta de recolhimento do imposto retido, que seria da ordem de 150%. Assim, a infração está perfeitamente tipificada.

Infração mantida.

Na infração 10, foi apurado que a empresa recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de não ter incluído na base de cálculo parcelas das despesas aduaneiras, tais como capatazia e armazenagem, incorridas até o desembaraço das mercadorias.

O autuado entende que tais parcelas não se tratam de despesas aduaneiras e afirma que vem depositando em juízo os valores a elas relativos.

Não obstante a assertiva trazida na peça defensiva, o RICMS ao tratar da base de cálculo do ICMS, nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior, discrimina que no desembaraço aduaneiro, ela é composta da soma de quaisquer despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante,

adicional de tarifa portuária, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração. (art. 58, I, “e” do RICMS/97). O demonstrativo encontra-se às fls. 200 a 213.

Infração mantida.

Por último, na infração 11, decorrente de levantamento quantitativo de estoques, na última diligência realizada neste processo, os diligentes, elaboraram o Parecer de fls. 1640 a 1642, e após retificações, o valor do crédito reclamado relativo ao levantamento quantitativo por espécie de mercadorias por omissão de entradas, no valor de R\$ 89,43 e por omissões de saídas totaliza o valor de R\$ 4,44, conforme planilhas de fls. 1635 a 1639.

Os diligentes ressaltaram que, somente, nesta segunda revisão é que tiveram acesso à informação de que a resina GM 9450-F, não foi produzida pela empresa, e sim adquirida, o que dificultou a conclusão das investigações anteriores, e mascarou o resultado inicialmente apontado no Auto de Infração.

Concordo com o resultado da diligência, ressaltando que os autuantes, ao serem cientificados do seu resultado, não se manifestaram, o que implica em concordância tácita. Assim, deve ser exigido o ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis detectada através de omissão de entradas, no valor de R\$ 89,43, por ser em valor superior, consoante o estabelecido na Portaria 445/98, em conformidade com o demonstrativo de fls. 1635 a 1639 do PAF.

Infração parcialmente mantida, com ICMS no valor de R\$ 89,43.

Voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207103.0001/04-8**, lavrado contra **POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 205.235,06**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 205145,63 e 70% sobre R\$ 89,43, previstas no artigo 42, II, “a”, “e” “f”, III, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Esta Junta recorre 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, 19 de abril de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR