

PROCESSO - A. I. Nº 269194.0021/05-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GRIFFIN BRASIL LTDA.
RECORRIDOS - GRIFFIN BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTARIO - Acórdão 4ª JJF nº 0074-04/06
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 15/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0306-12/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Trata-se de insumo essencial ao processo produtivo da empresa. Modificada a Decisão recorrida. Infração não caracterizada. **b)** FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO E POSTERIORMENTE DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Fato não contestado pelo sujeito passivo. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Imputação inter-relacionada com a infração 2. Afastada a incidência tributária. Modificada a Decisão recorrida. Infração não caracterizada. **b)** FRETE VINCULADO A AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. Infração subsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE TRANSPORTES. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** ERRO NA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. **b)** NÃO INCLUSÃO DE DESPESAS ADUANEIRAS E NÃO APLICAÇÃO DA TAXA CAMBIAL VIGENTE NO DIA ANTERIOR AO DESEMBARAÇO ADUANEIRO. É devida a inclusão na base de cálculo de todas as despesas pagas ou debitadas por ocasião do desembaraço aduaneiro. Infração caracterizada. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Modificada a Decisão recorrida. Mantida a exigência tributária em relação aos produtos PILON e SUFRUFAMID. Infrações caracterizadas parcialmente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime em relação às infrações 2, 3 e 11 e, por unanimidade quanto às infrações 4, 9 e 10.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 28/11/2005 para exigir o ICMS no valor de R\$2.695.062,11, em decorrência das seguintes imputações:

1. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$3.473,23, referente a mercadorias destinadas a contribuinte diversa do indicado no documento fiscal;
2. Utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$256.406,54, referente a aquisições de materiais de uso e consumo do estabelecimento, utilizados nas áreas de pesquisa, laboratório, como peças de reposição de equipamentos ou instalações industriais, na unidade de tratamento de efluente, na queima de gases carreados para FLARE, no processo de tratamento da água de refrigeração, entre outros, estando a indicação de uso de cada um desses materiais explicitado em planilha anexa ao PAF.
3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$20.911,23, devido em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, relacionada a infração anterior.
4. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$303.346,17, devido em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, relativamente ao frete na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.
5. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$18.047,82, relativo a mercadorias adquiridas para industrialização, e posteriormente destinadas a uso ou consumo do adquirente;
6. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$5.578,26, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transportes interestadual e intermunicipal;
7. Recolhimento a menos do imposto devido, no valor de R\$3.062,41, em razão de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.
8. Recolhimento a menos do imposto devido, no valor de R\$3.686,00, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, tendo o contribuinte utilizado de forma equivocada, de redução de base de cálculo em algumas operações de saídas de mercadorias;
9. Recolhimento a menos do imposto, no valor de R\$474.701,22, devido nas 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.
10. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$1.157.756,87, 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 entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios 2000 e 2002.
11. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$448.092,36, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos proveniente de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício de 2001 e 2003.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento tributário, reconhecendo inicialmente a procedência das infrações 1, 5, 6, 7 e 8, informando que irá providenciar o pagamento.

Em relação à infração 2, esclareceu que a defesa desse item refere-se exclusivamente à utilização do crédito do gás natural, utilizado na queima de gases resultantes da industrialização do DIURON, que são altamente tóxicos e inflamáveis, sendo, portanto, indispensável a sua neutralização para que não escapem ao meio ambiente. O DIUTON é um herbicida obtido através da sintetização de dois insumos básicos que são o DMA (gás liquefeito) e o DCPI, através de um processo contínuo, com cinco etapas distintas: Síntese, Escamação, Embalagem, Filtragem e Queima de Gases.

Em seguida descreve o processo de industrialização, informando que processo de sintetização (primeira fase) ocorre dentro de um sistema fechado, haja vista que os insumos empregados são altamente tóxicos e desta forma não podem escapar para o meio ambiente, motivo pelo qual a alimentação, tanto do DMA quanto do DCPI, é feita através de tanques com tubulações que levam os produtos diretamente ao Reator do DIURON. Após a síntese obtêm-se o DIURON líquido que é direcionado através de tubulações para o escamador (segunda fase), onde o produto será transformado em escamas através da cristalização, sendo então redirecionado para o sistema de embalagem (terceira etapa), onde o produto em escamas é transferido para um silo e ensacado. Ocorre que, durante estas três primeiras fases circulam partículas de DMA que não reagiram no interior do sistema e na linha de embalagem e, considerando que o DMA é um gás altamente inflamável e tóxico, tais partículas devem, obrigatoriamente, ser queimadas evitando que escapem para a atmosfera comprometendo o meio ambiente e ocasionando danos irreversíveis à saúde das pessoas. Desta forma o gás natural utilizado na queima do gás DMA não reagido (quinta fase), derivado do processo produtivo, que não pode ser lançado ao meio ambiente, é essencial e indispensável à produção, haja vista que sem a ocorrência desta etapa da produção não seria possível a fabricação do DIURON.

Assevera que não existiu utilização indevida de crédito fiscal, uma vez que os créditos apropriados estavam de acordo com a previsão legal do art. 20, da Lei complementar nº 87/96, que admitiu a tese de que tudo que gera débito é custo de produção e, por isso mesmo, é tributado pelo ICMS.

Transcreveu a Ementa do Acórdão CJF nº 0289-11/02 que considerou correta a utilização do crédito fiscal de materiais empregados no tratamento de gases letais derivados do processo produtivo e, portanto, entendimento perfeito aplicável ao presente Auto de Infração.

Argumenta que o direito ao crédito de produtos utilizados no processo industrial não pode ser retirado do contribuinte, caso contrário o princípio constitucional da não cumulatividade, previsto no art. 155, inciso I, da Constituição Federal, estaria sendo desobedecido.

Finalizando sua tese, diz que os julgadores não podem se ater apenas à legislação estadual, mas, sobretudo, devem levar em consideração a previsão constitucional, bem como da própria Lei Complementar nº 87/96 que servem de fundamento de validade para todas as legislações inferiores.

Relativamente à infração 3, sustenta que é parcialmente improcedente a acusação pelos mesmos fatos já expostos na infração 2.

Quanto à infração 4, aduz que a presente infração corresponde ao resíduo de um pagamento de diferença de alíquotas interestaduais efetuado anteriormente, que, por erro do sistema da empresa, foi calculado de forma equivocada, resultando num valor inferior ao realmente devido, o que gerou a autuação.

Assevera que, mesmo ciente do débito, o valor constante do Auto de Infração não corresponde ao valor real devido; assim, requer que os valores lançados sejam revisados a fim de possibilitar o efetivo pagamento do débito tributário em questão, de forma a não onerar injusta e demasiadamente a contribuinte.

No tocante à infração 9, argumenta que o programa Befiex, Decreto nº 2.433/88, tem por finalidade o incremento das exportações mediante compromissos firmados entre a União e as empresas, que poderão ser concedidos benefícios para a importação de máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos e materiais, bem como seus respectivos acessórios, destinados a integrar o ativo imobilizado, conforme art. 8º, inciso I, do citado Decreto. Como visto, cai por terra a acusação do autuante, com relação à DI 108506538, haja vista que esta DI refere-se à importação de equipamentos destinados à utilização na Planta industrial, o que poderá ser facilmente comprovado através do registro dos ativos imobilizados da empresa onde estão incluídos os equipamentos descritos nesta DI.

Relativamente às DI's 5139656, 8932829 e 9645831, que se referem a importação do produto ODCB, mais uma vez equivoca-se o autuante, haja vista que o art. 8º, inciso II, do Decreto nº 2433/88, prevê expressamente a isenção ou redução (hipótese utilizada pelo autuado) dos impostos resultantes da importação de matéria prima, produtos intermediários e até mesmo componentes de peças de reposição.

Com referência às demais DI's relacionadas na planilha do autuante, este apenas informa que *“não foram incluídas algumas despesas aduaneiras”*, do modo que o autuado viu-se prejudicado em sua defesa, uma vez que sequer foi informado quais despesas deixaram de ser incluídas na base de cálculo do imposto, cerceando o direito de defesa e, conseqüentemente a nulidade deste item da ação fiscal, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV, do RPAF/99.

No tocante às infrações 10 e 11, inicialmente argumenta que a presunção de entradas de mercadorias pagas com recursos de saídas não contabilizadas é inverossímil, uma vez que é uma empresa de grande porte, com controle societário estrangeiro, tem contabilidade organizada e é auditada anualmente por auditores independentes.

Alega que as diferenças encontradas pela fiscalização podem ser explicadas. Algumas decorrem de erro do autuante e outras, são relacionadas a falhas em seus registros documentais, porém passíveis de demonstração.

Esclarece que a empresa possui duas plantas de produção, com inscrições estaduais distintas, mas que o produto fabricado por uma das plantas é matéria-prima para a produção da outra. No caso dos produtos DCA e DCPI, alega que as diferenças apontadas decorrem de movimentações internas dos produtos e que unificando as 2 (duas) plantas desaparecem as diferenças encontradas pelo autuante.

Informa que no seu processo produtivo é necessário ocorrerem movimentações entre as duas plantas, sendo que a “Planta N” é o único produtor nacional do DCA. Este produto era enviado para a “Planta P”, por ser a matéria-prima básica para a produção do DCPI fabricado na “Planta P”. Depois de concluída a fabricação do DCPI na “Planta P”, o produto retornava à “Planta N”, onde possuía 03 (três) destinações:

- 1 Remessa para industrialização;
- 2 Retorno para a “planta P”;
- 3 Vendas externas.

Assevera que, analisando-se a manufatura de Camaçari como se fosse um sistema interligado, e não duas plantas separadas, a conclusão é que as distorções que ocorrem na movimentação dos produtos DCA e DCPI decorrem de falhas no momento da emissão dos documentos fiscais nas movimentações internas entre as duas plantas. Esclarece que são emitidas notas fiscais de entradas na “Planta N”, quando o produto DCPI retorna da “Planta P” e notas fiscais de saídas da “Planta N”, tanto para o envio do DCA (matéria-prima do DCPI) quanto para o reenvio do DCPI para a “Planta P”, e que foi detectada a falta de emissão de notas fiscais complementares de peso dos produtos movimentados entre as duas plantas. Sendo que, num único dia, eram transportadas mais de 40 toneladas dos produtos DCA e DCPI entre as duas plantas e, com o intuito de facilitar

essa enorme movimentação física, o produto a ser transportado era pesado, emitindo-se uma nota fiscal com peso padrão, tendo em anexo o tíquete da balança, a fim de que, posteriormente, ao final de um período determinado, fosse emitida uma nota fiscal de complementação que regularizava os registros dos estoques dos dois estabelecimentos. Aduz que, com o passar do tempo, tal sistemática passou a falhar gerando distorções nos estoques, pois as notas fiscais-padrão eram emitidas e as notas fiscais de complementação deixaram de ser emitidas, o que ocasionava também os erro no lançamento dos controles de produção.

Requer que seja realizada revisão fiscal a fim de comprovar as alegações, ao tempo em que deixa claro que tal trabalho já está sendo realizado internamente pela empresa.

A fim de consubstanciar a tese defensiva, cita o recente Acórdão CJF nº 0237-11/05, em Auto de Infração lavrado contra esta mesma empresa, onde o CONSEF decidiu pela improcedência das omissões de entrada do produto objeto desta autuação, tendo considerado a reunião dos 2 (dois) estabelecimento de Camaçari, transcrevendo a Ementa e trecho do voto do referido acórdão.

Prosseguindo, diz que é oportuno citar Acórdão CJF Nº 0174-11/04, que acatou os argumentos defensivos, julgando improcedente os itens do levantamento quantitativo que trata, dentro outros produtos do CDPI, transcrevendo trecho do voto.

Transcreveu ainda, trecho do voto discordante do Acórdão JF Nº 0362/01-03, que acatou sua tese.

Reitera que, considerando as remessas dos produtos entre as duas plantas e afastada a hipótese de realização de operações mercantis, salta aos olhos, que as operações, em que pese terem sido realizadas com erro na emissão dos documentos fiscais correspondentes, não podem suportar a cobrança do ICMS, ou seja, não apontam para o direito de recuperação, pelo Estado, de receita pública. Tudo isso simplesmente porque não houve evasão de imposto.

Em seguida passou a apontar os erros constantes dos levantamentos do autuante, tais como:

1-ODCB – INFRAÇÃO 10 – O autuante apurou uma diferença de 2.679,90 toneladas. Entretanto, o autuante deixou de incluir no levantamento as Notas Fiscais de nºs 287, 192 e 389, decorrente da importação do ODCB, totalizando um acréscimo de 2.693,41 Toneladas do produto, aumentando o total das entradas no período para 13.326,71 toneladas de ODCB. Informa que está anexando cópia das Notas Fiscais nºs 287 e 192 e solicita prazo para apresentar a de nº 389.

Salienta que outro erro do autuante foi incluir no levantamento a quantidade de 1 tonelada destacada nas Notas Fiscais nºs 3560, 216, 1218 e 220, o que totaliza 4 toneladas, que na realidade não poderiam ser consideradas, haja vista que tais Notas Fiscais de complemento e, a quantidade informada nessas notas é utilizada apenas a título de cálculo do complemento de preço.

Ressalta que incluindo as 2.693,41 toneladas do produto importado e excluindo-se as 4 toneladas, tem um total de entradas de 13.322,71 toneladas de ODCB, a diferença de entrada passa a ser diferença de saída de 9,52 toneladas.

2-PILON – INFRAÇÃO 11 – Relativamente às diferenças encontradas neste item, diz que continua o trabalho de investigação dentro da fábrica, a fim de apurar onde ocorreram as distorções.

3- SULFLURAMID – INFRAÇÃO 11 – Argumenta que a diferença é pequena e decorre de perda normal ou falha de pesagem do produto, uma vez que representa aproximadamente 4% de todo o estoque movimentado.

Ao finalizar, requer a realização de diligência a ser realizado pela ASTEC e pede a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante, às folhas 239 a 246, ao prestar informação fiscal, inicialmente ressaltou que o autuado reconheceu as infrações 1, 5, 6, 7 e 8.

No tocante a infração 2, salienta que o autuado somente contestou a glosa relativa ao gás natural, donde resta evidente que para todos os outros materiais houve o reconhecimento de suas procedências. Desta forma resta-lhe apenas contra argumentar a impugnação neste material.

Assevera que a reação do gás natural com o DMA é importante no sentido de redução da emissão de gases nocivos à atmosfera, porém, sua ausência absolutamente não impede a produção do DIURON, muito menos impossibilita a continuidade da produção industrial. O seu uso serve somente para que reaja com o DMA excedente, não tem qualquer participação direta na reação para a obtenção do DIURON. A despeito de sua importância para o meio ambiente, o gás natural é um típico material de uso e consumo tendo finalidade apenas de controle ambiental. Ademais não há, pela análise da legislação estadual baiana, possibilidade de uso do crédito fiscal quando de sua aquisição, já que não é um produto intermediário.

Quanto à infração 3, informa que é decorrente da infração 2.

Relativamente à infração 4, salienta que mais uma vez o autuado reconhece a procedência da infração, ressaltando, porém que o valor cobrado é superior ao devido, sem, contudo, apresentar qualquer argumentação a respeito.

Destaca que, como se pode comprovar, observando os anexos, folhas 41 a 103, relacionou apenas as notas fiscais com CFOP's 262, 291, 297, 2551, 2552 e 2556, que se referem a entradas interestaduais de materiais para uso e consumo e para o ativo fixo e seus respectivos fretes. A partir dessa seleção chegou aos valores devidos da diferença de alíquotas, mensalmente. Daí, comparou com os valores lançados a débito no livro de registro de Apuração, apurando as diferenças constantes à folha 41, não existindo qualquer obscuridade na forma em que foram apresentados os dados, nem tampouco na sua forma de cálculo.

Relativamente à infração 9, argumenta, que mais uma vez o autuado impugna parcialmente uma infração. Como se vê na planilha, folha 113 a 115, foram apontadas 06 irregularidades que ocasionaram essa infração:

1. DI 4174130 – não houve comprovação do pagamento do ICMS devido;
2. Para as DI's 3431970, 6370025 e 9406373 – befiex indevido – sem comprovação de que o programa befiex foi autorizado até 31/12/1989;
3. Para as DI's 5139656, 8932829 e 9645831 – befiex indevido pois não havia previsão regulamentar para importação de matérias primas com isenção;
4. DI 108506538 – diferimento do ICMS sem qualquer comprovação de ampliação/modernização da planta industrial;
5. DI 200135737 – sem inclusão do ICMS para a formação da base de cálculo e não inclusão de algumas despesas aduaneiras;
6. Para as demais DI's – não inclusão de algumas despesas aduaneiras.

Diz que o autuado restringiu-se a defender apenas os pontos 2, 3 e 6. Sendo assim, quanto aos pontos 1, 4 e 5, que se referem as DI's 4174130, 108506538 e 200135737, houve reconhecimento tácito de suas procedências.

Quanto ao ponto 2 (DI's 3431970, 6370025 e 9406373), a despeito do que consta no art. 8, I e II, do Decreto-Lei nº 2433/88, que é um decreto federal, existia, por óbvio, a necessidade da admissibilidade por parte dos Estados membros. Isto se deu por meio da celebração do Convênio ICMS 130/94, em que a União e os estados Federativos pactuaram a concessão do benefício fiscal BEFLEX, transcrevendo o referido convênio e o art. 28, caput e inciso III. Argumenta que, do texto do convênio, a fruição do benefício é condicionada a que as operações BEFLEX tenham sido aprovadas até 31/12/1989, fato não provado, ou melhor, não foi sequer apresentada alguma justificativa pelo autuado. Esta condição é também prevista no art. 28, III, do RICMS/97, que apesar de revogado em 21/12/2004, continha idêntico dispositivo.

Quanto ao item 3, diz ser mais tranqüila ainda se torna a contra argumentação aos argumentos do autuado. Trata-se operações de importação com o benefício BEFLEX, porém, de matéria prima (ODCB). Apesar de haver previsão no Decreto-Lei nº 2433/88, desse benefício ser estendido à

importação de matéria prima, essa prerrogativa não foi abarcada pelo já citado Convênio 130/94, nem, em consequência, pelo RICMS/97.

Quanto ao item 6, informa que maiores esclarecimentos não lhe parecem necessários, visto que a sistemática utilizada para demonstração da base de cálculo do ICMS e do próprio imposto pago a menor nas operações, está bastante clara e elucidativa.

Diz que a planilha é montada a partir do valor CIF da mercadoria importada expressa em R\$, adicionado o IPI, o II e todas as despesas aduaneiras expressamente demonstradas na planilha, chega-se ao valor total da importação, que, a partir de 01/01/2002, passou a suportar um acréscimo – inclusão do ICMS 17% ao valor da importação para a formação da base de cálculo. Com a base de cálculo, basta fazer incidir a alíquota de 17% e chegar ao ICMS devido. Compara-se esse valor com o que foi recolhido e obtendo a diferença devida, não havendo qualquer dúvida quanto à formação da base de cálculo.

Em relação a infrações 10 e 11, aduz que parece absolutamente insubsistente a impugnação do autuado quanto às omissões de entradas desse produto ocorridos em 2000 e 2001, pois:

1. O autuado aduz no parágrafo 5 da página 212 que as movimentações de DCPI entre as duas plantas industriais “N” e “P” ocorrem diariamente e o produto a ser transportado é pesado, emitindo-se uma nota fiscal com peso padrão, tendo em anexo o tiquete da balança, a fim de que posteriormente seja emitida uma nota fiscal de complementação para regularizar o estoque. De antemão causa-lhe estranheza o fato de se pesar um produto com o uso de balança e, ao invés de se usar esse peso encontrando no preenchimento da nota fiscal, opta-se por um peso padrão.
2. O autuado alega que se fossem deixadas de lado às movimentações entre as duas plantas, considerando-se como se fosse um sistema único, obtinha-se o valor exato do DCPI sem omissões de entradas ou saídas. Ocorre que esta é uma suposição genérica que sequer demonstra quais seriam os valores envolvidos.
3. Tenta usar como acórdãos paradigma para esse caso os Acórdãos CJF Nº 0237-11/05, 0174-11/04 e o JF Nº 0362/01-03. Em todos esses Acórdãos o que foi julgado improcedente foram as omissões de entradas de produtos fabricados pelo próprio estabelecimento autuado. Em verdade a empresa como um todo suporta a cobrança fiscal, mas quem é autuado é apenas 01 estabelecimento dessa empresa, podendo ser a planta da área “N” como a da área “P”. Não há tampouco qualquer vinculação entre a matéria julgada nesses 03 Acórdãos. O que tenta mostrar a defesa, que as procedências parciais dessas autuações ocorreram tendo se considerado a reunião dos dois estabelecimentos, é totalmente equivocada.
4. Como já demonstrado, os estabelecimentos chamados planta “N” e planta “P” são independentes, possuindo cada qual inscrições no cadastro da SEFAZ e CNPJ’s distintos, respondendo individualmente por suas operações e obrigações.

Conclui que, diante do exposto, como nada de concreto e objetivo o autuado trouxe à baila, maiores considerações não devem ser dadas a seus argumentos.

Em relação ao produto ODCB, as Notas Fiscais nºs 287 e 192 anexadas pela defesa, informa que acata. Entretanto, as Notas Fiscais nºs 389, 3560, 216, 1218 e 220 não há qualquer chance de aceitá-las, já que nem elas próprias foram anexadas.

No tocante ao produto PILON, salienta que nenhuma justificativa foi apresentada pela defesa.

Relativamente ao produto SULFLURAMID, aduz que o argumento usado é descabido. Como está evidenciado na própria planilha, folha 134, do total movimentado (1.905,00 ton), a omissão detectada (167 ton) corresponde a 8,56% o que jamais se poderia relacionar a uma perda considerada normal, pois se trata de produto com baixíssima volatilidade e que jamais poderia

apresentar perdas dessa magnitude. Ademais, como se vê, não houve produção nem consumo desse produto nesse exercício. Questiona, como poderia então haver essa perda?

Ao finalizar, diz que entende haver o autuado cometido todas as irregularidades tipificadas neste Auto de Infração, com a ressalva da infração 10, onde a omissão de entradas do ODCB caiu de 2.679,9 ton para 1.001,42, opinando pela procedência em parte do Auto de Infração.

Em nova manifestação, às folhas 249/269, o autuado, em relação à informação fiscal, assim se manifestou.

Em relação à infração 2, reitera seus argumentos apresentados na defesa anterior.

Quanto à infração 3, reitera que todos os produtos listados são produtos intermediário, fora da respectiva cobrança do diferencial de alíquota.

No tocante a infração 4, reitera o pedido para revisão do valor devido, entendendo que o indeferimento implica em cerceamento do direito de defesa.

No que se refere à infração 9, informa que o autuante, na informação fiscal, afirma que o Convênio ICMS 130/94 previa a necessidade do importador, no caso o autuado, comprovar a sua inscrição no programa de exportação (Programa Befiex), aprovado até 31 de dezembro de 1989.

Aduz que tal regra é inaplicável no caso em tela, pois não admite que *“mero Convênio crie exigências e restrições não previstas na norma que concedeu o benefício aos importadores”*.

Diz que DI 108506538, referente à importação equipamento, previsto no Art 8º, I, do citado decreto. Já as *“DI’s 5139656, 8932829 e 9645831, que se refere a importação do produto ODCB, matéria prima utilizada pela autuado em sua planta industrial”*, encontra-se prevista no inciso II, do art. 8º, do citado decreto.

Reiterou o pedido de nulidade em relação às demais DI’s, por não ter o autuado especificado quais as despesas não incluídas.

Relativamente às infrações 10 e 11, além de reiterar os argumentos anteriores, esclarece que, conforme narrado na defesa apresentada, é uma empresa situada no Pólo Petroquímico que tem como atividade a fabricação de agroquímicos (defensivos agrícolas) e possui e plantas industriais com inscrições estaduais distintas na manufatura de Camaçari que são conhecidas como área “N” (estabelecimento autuado) e área “P”, onde o produto da área “N” é matéria prima para a produção da área “P”.

À folha 265, o autuado reitera que o estabelecimento autuado é a “Planta N” que é o único produtor nacional do DCA. Este produto é enviado para a “Planta P”, por ser a matéria-prima básica para a produção do DCPI produzido na “Planta P”. Assim, as supostas omissões de entradas e saída tornam-se impossíveis de ocorrer haja vista que se trata de remessa de matéria-prima de uma planta industrial para uma segunda, sendo que nesta segunda é produzido o produto final. Depois de concluída a fabricação do DCPI na “Planta P”, o produto retornava à “Planta N”, dando entrada como DCPI.

Assevera que as remessas de matéria-prima/produto final entre os estabelecimento é constante e em um volume muito grande, sendo possível de se cometer equívocos no momento da emissão das notas fiscais de trânsito e do registro de entradas e saídas de mercadorias, sem que, contudo, haja qualquer redução no valor de ICMS devido ao Estado da Bahia até mesmo porque não há operação de venda da planta N para a planta P, mas sim simples remessa de matéria-prima para industrialização numa planta diferente.

Quanto ao produto ODCB (infração 10), informa que acosta cópia das Notas Fiscais n^{os} 0389 e 0391, acompanhadas das respectivas DI’s, que não foram consideradas pelo autuado.

No que se relaciona ao produto PILON, informa que continua trabalhado dentro do estabelecimento a fim de apurar onde ocorreram as distorções e, reitera o protesto pela posterior apresentação da comprovação.

No tocante ao produto SULFRAMID, reitera que as perdas são normais.

Ao finalizar, reitera o pedido de diligência pela ASTEC e improcedência do Auto de Infração.

O Julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 11 (onze) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu as infrações 1, 5, 6, 7 e 8. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando caracterizadas.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita às acusações 2, 3, 4, 9, 10 e 11, consignadas no Auto de Infração, as quais passo a analisar.

Inicialmente, em relação à arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que nos demonstrativos elaborados pelo autuante encontram-se discriminados os elementos necessários ao embasamento da autuação e ao exercício do direito de ampla defesa, não se observando qualquer erro ou vício que possibilite a decretar a nulidade, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99.

Não acato o pedido de diligência formulado pelo autuado, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação à presente lide. Observei que o autuante acostou aos autos os demonstrativos que embasaram as infrações. Nestes demonstrativos encontram identificados todos os documentos relacionados com as respectivas imputações e, no caso dos créditos indevidos, constam a identificação dos produtos.

Na infração 02, o autuado é acusado de utilização indevida de crédito fiscal, referente a aquisições de materiais de uso e consumo do estabelecimento, utilizados nas áreas de pesquisa, laboratório, como peças de reposição de equipamentos ou instalações industriais, na unidade de tratamento de efluente, na queima de gases carreados para FLARE, no processo de tratamento da água de refrigeração, entre outros, estando a indicação de uso de cada um desses materiais explicitado em planilha anexa ao PAF.

Em sua defesa o autuado impugnou parcialmente a infração, esclarecendo que questiona exclusivamente a utilização do crédito do gás natural, utilizado na queima de gases resultantes da industrialização do DIURON (herbicida), que são altamente tóxicos e inflamáveis, sendo indispensável a sua neutralização para que não escapem ao meio ambiente, estendendo que se encontra amparado no artigo 20, da Lei complementar 87/96, caso contrário o princípio constitucional da não cumulatividade, previsto no art. 155, inciso I, da Constituição Federal estaria sendo desobedecido. Transcreveu a Ementa do Acórdão CJF nº 0289-11/02 que considerou correta a utilização do crédito fiscal de materiais empregados no tratamento de gases letais derivados do processo produtivo e, portanto, entendimento perfeito aplicável ao presente Auto de Infração.

Em relação à inconstitucionalidade a mesma já foi objeto de pronunciamento no início deste voto.

Quanto ao Acórdão nº 0289-11/02, cuja ementa foi transcrita pelo autuado na peça defensiva, o resultado da votação não reflete o entendimento de todos os julgadores que participaram do julgamento, pois a Decisão foi não unânime, conforme podemos constar na Resolução do citado acórdão, abaixo transcrito:

“RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em Decisão não unânime, PROVER o Recurso Voluntário apresentado para

modificar a Decisão recorrida e julgar IMPROCEDENTE o Auto de Infração nº 279196.0001/01-7, lavrado contra PRONOR PETROQUÍMICA S/A.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Sandra Urânia Silva Andrade, Max Rodrigues Muniz, Nelson Teixeira Brandão e Verbena Matos Araújo.

VOTOS VENCIDOS: Conselheiros (as) Carlos Fábio Cabral Ferreira e Antonio Ferreira de Freitas.”

Logo, fica claro que a tese sustentada pelo autuado não reflete nenhum entendimento consolidado deste CONSEF.

Na informação fiscal, o autuante assevera que a reação do gás natural com o DMA é importante no sentido de redução da emissão de gases nocivos à atmosfera, porém, sua ausência absolutamente não impede a produção do DIURON, muito menos impossibilita a continuidade da produção industrial. O seu uso serve somente para que reaja com o DMA excedente, não tem qualquer participação direta na reação para a obtenção do DIURON. Apesar de sua importância para o meio ambiente, o gás natural é um típico material de uso e consumo tendo finalidade apenas de controle ambiental. Ademais não há, pela análise da legislação estadual baiana, possibilidade de uso do crédito fiscal quando de sua aquisição, já que não é um produto intermediário.

Do exame dos documentos acostado aos autos, constatei que o gás natural é utilizado no tratamento de efluentes gasosos lançados na atmosfera decorrente da produção de DIURON, resultante da industrialização do referido herbicida. Desta forma, não deve o gás natural gerar direito ao crédito utilizado pelo autuado.

O gás natural não pode ser considerado como material secundário ou intermediário utilizado no processo industrial e nele consumido, como defende o autuado, para efeito de apropriação de crédito, pois não são consumidos no processo produtivo e não integram o produto final na condição de elementos indispensáveis à sua composição, evidenciando-se tratar de materiais de uso e consumo.

Logo, nos termos do art. 93, inciso V, alínea “b”, do RICMS/BA, somente a partir de 01/01/07 é que se encontra previsto a utilização dos créditos decorrente das aquisições de material de uso e consumo, conforme abaixo transcrito:

“Art. 93...

(...)

V - o valor do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada, real ou simbólica, no estabelecimento, de mercadorias, bens ou materiais, bem como do imposto relativo aos respectivos serviços de transporte, inclusive o imposto pago a título de diferença de alíquotas, sendo as mercadorias, bens ou materiais destinados:

b) a partir de 01/01/07, ao uso ou consumo do próprio estabelecimento, assim entendidas as mercadorias que não forem destinadas a comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou o serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação (§ 11) (Lei Complementar nº 87/96) “;

Assim, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 3, o autuado é acusado de deixar de recolher o imposto, devido em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, relacionada à infração anterior.

Trata-se de infração relacionada diretamente com a infração anterior, pois nesta é exigido o imposto decorrente da diferença entre as alíquotas dos produtos objeto da infração 02, sendo, portanto procedente a infração 03, pelos motivos exposto anteriormente.

Na infração 4, o autuado é acusado de deixar de recolher o imposto, devido em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, relativamente ao frete na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas ao uso e consumo do estabelecimento.

Na defesa o autuado reconheceu a procedente parcial da infração, tendo questionado o valor consignado do Auto Infração, entretanto não indica qual ou quais os valores ou, ainda, quais os documentos que discorda da autuação. Simplesmente, diz que o constante do lançamento tributário não corresponde ao débito real. Ressalto que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Logo, entendo que a infração 04 restou caracterizada.

Na infração 09, o autuado é acusado de recolher a menos o imposto, devido nas 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.

Inicialmente, cabe esclarecer que os benefícios fiscais relativos às operações realizadas por empresas, com base no programa BEFIEX, foi regulamentado pelo Convênio nº 130/94.

O argumento defensivo de que às DI's relacionadas na planilha do autuante, este apenas informa que “não foram incluídas algumas despesas aduaneiras”, sem informar quais despesas deixaram de ser incluídas na base de cálculo do imposto, cerceando o direito de defesa e, conseqüentemente a nulidade deste item da ação fiscal, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV, do RPAF/99, o mesmo não pode ser acolhido. Pois, o verificar a referida planilha, constatei que se encontram discriminadas todas as parcelas componente da base da cálculo da infração, fato que possibilita ao autuado exercer o direito de defesa de forma ampla.

Quanto às DI's 5139656, 8932829 e 9645831, referem-se a importações do produto ODCB, com o benefício BEFIEX, porém, se trata de importação de matéria prima. Apesar de haver previsão no Decreto-Lei nº 2433/88, desse benefício ser estendida a importação de matéria prima, essa possibilidade não foi incorporada pelo Convênio nº 130/94, nem, em consequência, pelo RICMS/97.

Relativamente as DI's 3431970, 6370025, 9406373 e 108506538, a utilização do benefício fiscal BEFIEX é condicionada a que as operações tenham sido aprovadas até 31/12/1989, fato não provado pelo autuado. Como ressaltou o autuante, quando da informação fiscal, esta condição é também prevista no art. 28, III, do RICMS/97, que apesar de revogado em 21/12/2004, continha idêntico dispositivo, na época dos fatos geradores. Assim, a infração encontra-se caracterizada.

Nas infrações 10 e 11, o autuante apurou mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias que o autuado deixou de recolher o imposto, 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 entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de

mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios 2000 e 2002 (infração 10) e deixou de recolher o imposto, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos proveniente de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2001 e 2003 (infração 11).

O argumento defensivo de que é uma empresa de grande porte, com controle societário estrangeiro, tendo contabilidade organizada e é auditada anualmente por auditores independentes, não é capaz de elidir a autuação, pois conforme consta na mesma peça defensiva, o autuado reconhece que existem algumas falhas em seus registros, além de falhas do autuante. Observei que as infrações ocorreram em anos anteriores (2000, 2001, 2002 e 2003), enquanto o Auto de Infração foi lavrado no final de 2005, fato que possibilitaria ao autuado ter corrigido as falhas em seus registros.

O autuado informa que a empresa tem duas inscrições estadual. Consultando o sistema INC- Informações do Contribuinte da SEFAZ, constatei que, além do estabelecimento autuado (Inscrição 37.812.214), a empresa possui outra inscrição estadual com o número 24.537.496.

O art. 41, do RICMS/97, define que estabelecimento é o local público ou privado, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoa física ou jurídica exerça toda ou parte de sua atividade geradora de obrigação tributária, em caráter permanente ou temporário, ainda que se destine a simples depósito ou armazenamento de mercadorias ou bens relacionados com o exercício daquela atividade.

Cada inscrição estadual representa um estabelecimento, autônomo e independe para efeitos fiscais, conforme determina o artigo 42, do RICMS/89, “in verbis”.

“Art. 42. Considera-se autônomo cada estabelecimento produtor, extrator, beneficiador, gerador, industrial, comercial, importador ou prestador de serviços de transporte ou de comunicação do mesmo titular.”

Antes aos dispositivos acima citados, não pode ser acolhido o argumento defensivos de que a fiscalização deveria ter realizado o procedimento de auditoria de estoque considerando os dois estabelecimento, com inscrições estaduais distintas, como se fosse um único estabelecimento.

Na legislação do ICMS somente é possível se considerar em conjunto os estabelecimentos pertencentes a uma mesma pessoa jurídico para efeito de responsabilidade por débitos, conforme art. 46, do referido regulamento.

“Art. 46. Todos os estabelecimentos pertencentes a uma mesma pessoa física ou jurídica serão considerados em conjunto, para efeito de responsabilidade por débitos do imposto, acréscimos e multas de qualquer natureza.”

Ressalto que, conforme informações do autuado e do autuante, os estabelecimentos, além de inscrições diferentes, os resultados dos processos de industrialização resultam produtos distintos.

Assim, o autuado ao ter optado em inscrever dois estabelecimentos industriais no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia, ficou obrigado a observar as determinações previstas na legislação do ICMS, inclusive as obrigações acessórias, na movimentação entre os dois estabelecimentos.

Em relação ao produto ODCB, as Notas Fiscais nºs 287 e 192 anexadas pela defesa, entendo que devem ser acatadas. Assim como a Nota Fiscal nº 389, acostada pela defesa em sua 2ª manifestação, após informação fiscal. As referidas notas anulam a diferença encontrada pelo autuante na informação fiscal.

Assim, a infração 10, restou parcialmente procedente, remanescendo somente a omissão de entradas relativa ao exercício de 2002, no valor de R\$208.756,13.

Relativamente ao produto SULFLURAMID, o argumento defensivo de que a diferença decorre de perdas normais, não pode ser acolhido, pois a diferença equivale 8,56%, não podendo ser considerado uma perda normal. Aduz que o argumento usado é descabido. Como bem ressaltou o autuante trata-se de produto com baixíssima volatilidade e que não houve produção nem consumo desse produto nesse exercício.

Assim, entendo que a infração 11 deve ser mantida.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$1.746.061,37”

O recorrente apresenta Recurso Voluntário alegando inicialmente que apesar dos ajustes efetuados no levantamento fiscal, reduzindo-se o montante do débito, o Recurso Voluntário ora interposto reporta-se aos itens 2, 3, 4, 9, 10 e 11, visto que ainda persistem certas incorreções que necessitam de esclarecimentos, a fim de demonstrar que as supostas infrações não ocorreram, conforme demonstrado.

Com relação às infrações 2 e 3 diz que: (I) a JJF classificou o produto como material de uso e consumo, motivo pelo qual não foi admitido o crédito fiscal dele decorrente; (II) esse entendimento estará indo de encontro ao princípio constitucional da não cumulatividade previsto na CF; (III) esse princípio não pode ter o seu alcance ampliado e nem reduzido por norma infraconstitucional, pois geraria um custo adicional, onerando os serviços e produtos comercializados. Cita e transcreve o art. 155 da CF e os artigos 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96. Prosseguindo diz que o cerne da questão encontra-se exatamente na qualificação do produto gás natural, se material de consumo ou insumo no processo produtivo. Afirma que o gás natural possui papel fundamental e indispensável no processo produtivo do Diuron produzido pelo autuado. Descreve o processo produtivo para demonstrar que o gás natural é componente indispensável no processo, sob pena de emitir uma substância tóxica com serias conseqüências para a pessoa humana, podendo conduzi-la até à morte. Referindo-se ao item 4 da autuação, requer a revisão do cálculo realizado pelo autuante, pois, em que pese reconhecer que por um erro do seu sistema, o valor a ser recolhido foi calculado de forma equivocada. Quanto à infração 9, diz que o fiscal autuante afirma que o Convênio ICMS 130/94 previa a necessidade de o importador, o autuado, comprovar a sua inscrição no programa de exportação, Programa Befiex, aprovado em 31/12/1989, mas tal regra é inaplicável ao caso em tela, pois o Decreto nº 2.433/88 tem por finalidade o incremento das exportações mediante compromissos firmados pela União e as empresas industriais titulares desse programa, como é o caso do autuado, poderão ser concedidos benefícios para a importação de máquinas, equipamentos, aparelhos, instrumentos, materiais e seus respectivos acessórios destinados a integrar o ativo fixo dessas empresas, conforme preceitua o art. 8º, inciso I, do citado Decreto. Acrescenta ainda, que com referência às demais DI's relacionadas na Planilha do autuante, este apenas informa que “*não foram incluídas algumas despesas aduaneiras*”, sem esclarecer quais seriam essas despesas, prejudicando a defesa do autuado, evidenciando-se a nulidade desse item, conforme previsto no art. 18, IV do RPAF. Quanto às infrações 10 e 11, reclamando a falta de recolhimento do imposto apurado em levantamento quantitativo de estoques, diz que, em que pese a JJF ter decidido pela procedência parcial da infração 10, resta para discussão a parcela referente às diferenças do produto DCPI da infração 11. Repete os esclarecimentos já prestados na defesa quanto à operação das duas unidades industriais integradas, reproduzindo termos constantes da Decisão do Acórdão da 1ª CJF nº 0174-11/04 que acatou os seus argumentos defensivos, julgando improcedentes os itens do levantamento quantitativo que tratam dos produtos DCA e CDPI. Em seu voto julgador do referido acórdão conclui: “*Por falta de certeza e liquidez, voto pela NULIDADE do lançamento no tocante aos itens DCA e DCPI. Nos autos há elementos para que se faça a exclusão dos valores*

correspondentes a esses dois itens”. Afirmar ainda o recorrente que “É muito importante atentar ao fato de que o recorrente é a única fabricante de nacional tanto de DCA 3,4, quanto do DCPI e, o que evidencia que todo DCPI existente no país foi produzido pela próprio recorrente, o que mais uma vez demonstra ser impossível ocorrer a omissão de entradas reclamada na presente autuação”. Em conclusão, protesta pelo acatamento incólume do presente Recurso Voluntário e pede que o lançamento fiscal seja julgado Procedente em Parte, dentro da fundamentação acima apresentada por ser medida de direito e justiça.

A PGE/PROFIS em seu Parecer, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, argumentando:

INFRAÇÕES 2 e 3 – o gás natural não é elemento indispensável à produção de DIURON, servindo para reação com outros gases, evitando a emissão de gases letais na natureza; esse fato não o eleva à condição de produto intermediário, pois a sua imprescindibilidade na se refere à produção do produto final, mas sim para a reação, como dito, com outros gases, evitando a poluição; o Acórdão citado pelo recorrente não demonstra entendimento consolidado do CONSEF, até porque proferido em Decisão não unânime.

INFRAÇÃO 4 – (I) mais uma vez o autuado, ora recorrente, não informa a razão pela qual discorda dos números apresentados pelo autuante, pelo que não dever ser acatada a sua alegação; (II) a alegação de nulidade em razão de não identificação das parcelas que não foram incluídas na BC, pois a planilha de fl. 115 revela de forma objetiva todos os valores não incluídos e a que se referem especificamente; (III) quanto às DI's contestadas em relação ao BEFLEX, entende, assim como o autuante e a JF, que o Decreto nº 2433/88 é uma norma federal e por isso mesmo se refere a tributos de competência da União, e os Estados estenderam, através do Convenio 130/94, parte dos benefícios aos contribuintes estaduais em relação ao ICMS, na forma da ali traduzida, por ser esse o instrumento legal de concessão de incentivos fiscais na esfera estadual, devendo ser aplicados no presente caso;

INFRAÇÕES 10 e 11 – entende que outras decisões do CONSEF já apreciaram a matéria e de forma objetiva concluiu que não é possível o autuado apresentar omissão de saídas dos produtos DCPI e DCA; acompanha o entendimento externado nos Acórdãos nºs 0174-11/04 0237-11/05, cujo texto transcreve.

O Procurador do Estado, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho ratifica em parte o Parecer da PGE/PROFIS, argumentando: *“Com efeito, a única ressalva é com relação à infração 10, onde deve ser mantida a exigência fiscal de seu item 2, ou seja, a ocorrência de 31/12/02 com vencimento em 09/01/03, com base de cálculo no valor de R\$5.582.357,29, alíquota de 17%, multa de 70%, no valor histórico de R\$949.000,74, posto que conforme consta no demonstrativo de fl. 133, é relativa ao produto ODCB, classificado como matéria-rama, consoante registrado no livro de Inventário do recorrente (fl. 168)”*.

VOTO (Vencido quanto à infração 11)

O Recurso Voluntário abrange apenas as infrações 02/03/04/09/10/11, já que as demais foram reconhecidas na defesa, e sobre as quais emito o voto.

INFRAÇÃO 2 – Trata da conceituação do produto gás natural, para efeito de qualificação como material de consumo ou insumo do processo produtivo. Essa definição é bastante controvertida neste Conselho de Fazenda, em face da sua complexidade, da falta de clareza da legislação e, principalmente, do desconhecimento dos processos de produção das diversas indústrias, com grande diversificação e complexidade, acentuado com o constante desenvolvimento tecnológico, fazendo por merecer a análise de cada caso, isoladamente. O tratamento de efluentes, específico da presente autuação, vem merecendo por parte dos órgãos governamentais encarregados do controle da sua aplicação, a mais rigorosa fiscalização com referência à aprovação de projetos, e

aplicação de pesadas multas por descumprimento das normas estabelecidas. Para atender a tais exigências legais as empresas investem em equipamentos muitas vezes de alta sofisticação e elevado custo, que se integram sem nenhuma dúvida à planta industrial, como parte do processo industrial de produção. Seja, por exemplo, para tratamento de efluentes ou de gases poluentes da atmosfera. A infração é improcedente, já que demonstrado está que não se trata de material de uso e consumo da empresa, mas sim de insumo essencial ao processo produtivo.

INFRAÇÃO 3 – Em face da sua direta inter-relação com a infração 2, fundamenta-se a sua improcedência pelos motivos anteriormente expostos.

INFRAÇÃO 4 – O recorrente ao contestar o cálculo da apuração do tributo, não apresenta nenhum demonstrativo ou elemento para lastrear a sua impugnação. Procede a autuação.

INFRAÇÃO 9 – Inicialmente não prevalece o alegado cerceamento do direito de defesa, pois a planilha de fl. 115 demonstra com clareza os valores não incluídos e a que se referem especificamente. Quanto aos alegados benefícios concedidos pelo BEFIEIX, o Convênio ICMS 130/94 é que rege a sua aplicação e não o Decreto-Lei nº 2433/88, norma federal, que trata de tributos da competência da União, não alcançando os convênios em relação ao ICMS, instrumentos legais de concessão de benefícios na esfera estadual. Correta a Decisão da JJF. Autuação procedente.

INFRAÇÕES 10 e 11 – Decisões do CONSEF já consolidaram posição em situações semelhantes, deliberando que embora comprovada a existência de omissão de entrada de produto acabado, descabe a exigência de imposto sobre a omissão, no caso, de produtos fabricados pela própria empresa autuada. Infrações improcedentes.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO			
INF.	VLR. AUTUADO	JULG. 1ª INSTÂNCIA	JULG. 2ª INSTÂNCIA
1	3.473,73	3.473,73	3.473,73
2	256.406,54	256.406,54	0,00
3	20.911,23	20.911,23	0,00
4	303.346,17	303.346,17	303.346,17
5	18.047,82	18.047,82	18.047,82
6	5.578,26	5.578,26	5.578,26
7	3.062,41	3.062,41	3.062,41
8	3.686,00	3.686,00	3.686,00
9	474.701,22	474.701,22	474.701,22
10	1.157.756,87	208.756,13	0,00
11	448.092,36	448.092,36	7.398,64
TOTAL	2.695.062,61	1.746.061,87	819.294,25

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 11)

Divirjo do nobre relator tão somente no que concerne à apreciação dos produtos SULFRUFAMID e PILON, produtos que integram a base de cálculo do imposto na infração 11.

Entendemos, nesse particular, que ambos devem ser mantidos na presente exigência fiscal. Senão, vejamos.

Quanto ao SULFRUFAMID não merece guarida o argumento defensivo de que a diferença decorre de perdas normais, não pode ser acolhido, uma vez que, como corretamente decidiu o *a quo*, a diferença de 8,56%, não pode ser considerada uma perda “normal” no nosso entendimento. Ademais, a fim de robustecer o nosso entendimento, como ressaltou o autuante, trata-se de

produto com baixíssima volatilidade, bem assim não houve produção, nem consumo, desse produto nesse exercício.

Outrossim, de referência ao produto PILON, necessária se faz a manutenção do produto na presente autuação, notadamente porque sequer fora o mesmo objeto de insurgência em sede recursal, significando o silêncio, nesse aspecto, como uma aceitação do acerto da ação fiscal.

Ex positis, em face de tudo quanto acima exposto, votamos pela manutenção dos produtos SULFRUFAMID e PILON, objeto da infração 11, na presente autuação, concordando com o ilustre relator quanto aos demais aspectos lançados no seu voto.

VOTO EM SEPARADO (Quanto à infração 2 e 3)

Em relação à glosa do crédito fiscal pertinente ao produto gás natural (infração 2) e correspondente cobrança do ICMS por diferencial de alíquota (infração 3), divirjo do dos Conselheiros que votaram pelo provimento do Recurso, por entender que o produto em questão, utilizado no tratamento de efluente gasoso, se enquadra no conceito de bem de uso ou consumo. Adoto a seguinte fundamentação. A questão posta nesta lide fiscal é por demais conhecida deste Conselho, havendo inúmeros precedentes, de forma que já se pode dizer que a mesma poderia ser até sumulada. A título de exemplo cito as seguintes Decisões originárias das Câmaras de Julgamento, relativamente aos produtos aplicados no tratamento de efluentes líquidos ou gasosos: *Acórdãos nºs 0130/00, 0222/00, 1134/00, 1416/00, 1731/00, 2667/00, 0172-11/02, 0067-11/04, 0109-11/04, 0347-12/04, 0135-12/05 e 0242-12/05*. Portanto, este CONSEF já vem, ao longo do tempo, apreciando este tipo de matéria, de forma que para manter a coerência que se exige dos órgãos de julgamento, reproduzo neste voto os mesmos fundamentos jurídicos contidos no Acórdão CJF 0172-11/02, de nossa lavra, que envolve questão idêntica à posta em discussão neste processo, com a ressalva apenas de que o direito a apropriação de créditos de materiais ou produtos adquiridos para uso e consumo do estabelecimento teve o prazo prorrogado para 01/01/2007, de acordo com o que dispõe a Lei Complementar nº 114/02, que alterou a LC nº 87/96. Eis o teor do Acórdão citado:

[...] “No entanto, os produtos relacionados ao tratamento de efluentes, limpeza do maquinário e das instalações da fábrica e aplicados em laboratório, em verdade são consumidos em função do processo produtivo e não no processo produtivo, posto que a finalidade dos mesmos ou é assegurar a manutenção ou o aumento da vida útil das máquinas e equipamentos da fábrica, a preservar a salubridade do ambiente ou possibilitar o controle de qualidade e pesquisa de novos processos. O consumo daqueles produtos não tem relação direta com a produção. Participam de forma indireta. Nessas circunstâncias, em que as citadas mercadorias, apesar de indispensáveis, não são objeto de consumo no processo produtivo ou na elaboração dos produtos finais, mas participam, por exemplo, do processo de manutenção dos equipamentos, impõe-se enquadrá-los na categoria de material de consumo, cujos créditos só estarão assegurados aos contribuintes a partir do ano de 2003, por força de disposição da Lei Complementar nº 99/99. Nessa linha de entendimento vem se posicionando o CONSEF, através de julgados reiterados, a exemplo das Decisões de suas Câmaras, consignadas nos Acórdãos nºs 0130/00, 0222/00, 1134/00, 1416/00, 1731/00 e 2667/00. Ao examinar a questão objeto da presente lide, os órgãos de Julgamento de segunda instância e a Câmara Superior, vêm decidindo, ainda que de forma não unânime, que é vedado o direito de crédito fiscal as aquisições de produtos destinados a tratamento de água com o objetivo de evitar a obsolescência precoce dos equipamentos industriais bem como o tratamento de resíduos e efluentes derivados do processo fabril.”[...]

E continuo a fundamentação acima afirmando que:

“... esta é, inclusive, a orientação que vem sendo dada aos órgãos de fiscalização pela DITRI/GECOT, conforme o Parecer n.º 3799/2003, onde, conforme descrito no voto do acórdão recorrido, “se posicionou dizendo não gerar direito ao crédito para o estabelecimento

industrial os produtos destinados ao seu uso e consumo, a exemplo daqueles empregados em serviços de manutenção, tratamento de efluentes e análises laboratoriais, no entanto, devem gerar crédito os produtos que guardam vinculação direta com o processo de fabricação”.

No caso em exame é incontroverso que os créditos glosados se referem à aplicação ou afetação do produto gás natural no tratamento de efluentes derivados da atividade fabril do autuado.

Assim, considerando a fundamentação acima voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para julgar procedentes as infração 2 e 3 do Auto de Infração. Em relação ao demais itens acompanho o voto do Consº Nelson Antonio Daiha Filho.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime em relação às infrações 2, 3 e 11 e, por unanimidade quanto às infrações 4, 9 e 10, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269194.0021/05-9, lavrado contra **GRIFFIN BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$819.293,75**, sendo R\$580.518,91, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, “f” e VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$238.774,84, acrescido das multas de 60% sobre R\$231.376,20 e 70% sobre R\$7.398,64, previstas no art. 42, II, “a” “b” “e” “f”, VII, “a” e “b”, III, da mesma lei, e dos acréscimos legais.

Infrações 2 e 3

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Fauze Midlej, Nelson Antonio Daiha Filho, Bento Luiz Freire Villa-Nova e Helcônio de Souza Almeida.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira e Tolstoi Seara Nolasco.

Infração 11

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Fauze Midlej, Nelson Antonio Daiha Filho, Bento Luiz Freire Villa-Nova e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira e Helcônio de Souza Almeida.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/EM SEPARADO (Quanto à infração 2 e 3)

FAUZE MIDLEJ – RELATOR/VOTO (Vencido quanto à infração 11)

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 11)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS