

PROCESSO - A. I. Nº 180503.1025/04-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GRANITOS MILANO LTDA.
RECORRIDOS - GRANITOS MILANO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JF nº 0175-02/06
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 13/11/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0369-11/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE CONSUMO. Vedada pela legislação estadual a utilização de crédito fiscal relativo a material destinado ao uso e consumo do estabelecimento. Infração parcialmente elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL PARA USO E CONSUMO. É devido o pagamento da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições interestaduais de mercadorias para uso e consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. Nas operações em que os destinatários das mercadorias estejam localizados em outras unidades da Federação e não sejam contribuinte do imposto, a alíquota aplicável é de 17%. Infração caracterizada. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE EFETUADO POR AUTÔNOMO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. O IPI integra a base de cálculo do ICMS nas operações realizadas para consumidor final ou para uso e consumo de estabelecimento de contribuinte. Modificada a Decisão recorrida Infração caracterizada. 6. EXPORTAÇÃO. INDICAÇÃO DA NATUREZA DA OPERAÇÃO COMO SENDO EXPORTAÇÃO, MAS SEM COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO PAÍS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Recurso de Ofício **PARCIALMENTE PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte e de Recurso de Ofício declarado na própria Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em tela, o qual reclama ICMS no valor total de R\$185.682,43, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no total de R\$ 84.001,83, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 130 a 156, e 159 a 160 a 222.
2. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 67.024,15, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos às fls. 81 a 129, 157 a 158, e 161 a 222.

3. Recolheu a menos o imposto no valor de R\$ 2.668,23, em virtude de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de abril a dezembro de 2003, conforme documentos às fls. 40 a 64. Trata-se de operações destinadas a empresas localizadas em outras unidades da Federação e não contribuintes do ICMS;
4. Deixou de proceder a retenção do ICMS no valor de R\$ 12.797,07, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuada por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2004, conforme demonstrativo às fls. 71 a 73;
5. Deixou de recolher imposto no montante de R\$ 7.171,63, em função de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a março, maio, julho e agosto de 2003, conforme 65 a 70. Refere-se a imposto destacado em notas fiscais de entrada, sem o recolhimento por ocasião das saídas;
6. Recolheu a menos o imposto no valor de R\$ 5.129,43, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, relativo às saídas de mercadorias regularmente escrituradas, durante o período de janeiro a dezembro de 2003, conforme demonstrativos e documentos às fls. 74 a 80. Em complemento a acusação, o autuante consignou que a empresa deixou de acrescentar o IPI na base de cálculo, nas saídas destinadas a consumidor ou usuário final ou a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS ou para uso, e ou consumo do estabelecimento;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal no valor de R\$ 179,10, referente a mercadorias destinadas a contribuinte diversos do indicado no documento fiscal, conforme documentos às fls. 15 a 16;
8. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$ 6.710,99, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação “Exportação”, sem comprovação da efetiva saída do País por intermédio de Guias ou Registro de Exportação, nos meses de janeiro a abril, setembro a novembro de 2003, conforme documentos às fls. 17 a 64.

Os membros de primeira instância acordaram pela Procedência Parcial do referido Auto de Infração em razão dos seguintes argumentos:

INFRAÇÕES 1 e 2

O lançamento do débito destes itens é originário da utilização indevida de crédito fiscal de imposto, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento (infração 1), e a diferença de alíquotas em tais operações (infração 2).

Em processos que tratam desta mesma matéria, sempre existe uma controvérsia entre o autuado, que sempre afirma que os materiais em questão são empregados como insumos e matérias primas no seu processo produtivo, e o entendimento da fiscalização que sustenta que se tratam de bens destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Portanto, a questão deve ser esclarecida levando-se em conta qual é realmente a função dos materiais no processo produtivo do estabelecimento.

Também em outros processos desta natureza, o processo tem sido baixado em diligência para que fiscal estranho ao feito, in loco, e à vista da escrita fiscal do contribuinte seja esclarecida a função dos materiais no processo produtivo.

Neste caso, considerando que o contribuinte já havia sido anteriormente autuado sobre o mesmo fato ora em comento, correspondente a período anterior, os membros da 2ª JF consideraram desnecessário propor a realização de diligência fiscal, uma vez que as mercadorias que foram consideradas como de uso e consumo são, na sua maioria, as mesmas que foram objeto do julgamento do Auto de Infração nº 298942.0309/04-7, conforme ACÓRDÃO JF Nº 0061-05/05.

No citado julgamento, foi considerada procedente a acusação fiscal, com base em diligência feita pela ASTEC/CONSEF (Parecer nº 0088/2005), e no entendimento do CONSEF, através de reiteradas

Decisões, de que para que uma mercadoria seja definida como produto intermediário (insumos e matéria prima), gerando o direito ao crédito fiscal, exige-se que, ou integre o produto final como elemento indispensável à sua composição ou, não havendo a integração, seja consumida, inutilizada, gasta ou destruída a cada processo produtivo, de forma que seja necessária a sua renovação, não de tempos em tempos, mas em cada novo processo produtivo.

Noutras palavras, o entendimento sobre o conceito de crédito físico, é de admitir-se o direito à compensação do imposto em relação aos produtos que integram o produto final, fisicamente ou quimicamente, ou que participam do processo produtivo como elemento indispensável, ainda que não integrando o produto final.

Pelas explicações do processo produtivo feitas pelo recorrente, é perfeitamente possível examinar quais os materiais que se enquadram no conceito de produtos intermediários.

Analisando as notas fiscais que instruem estes itens, os membros da 2ª JF acordaram pelo entendimento de que se tratam de produtos intermediários as seguintes mercadorias: abrasivos para polimentos de mármore e granitos; granalha de aço para corte; óleo lubrificante; cal e supercal.

Dessa forma, foi excluído o débito apurado em relação aos produtos citados, mantendo quanto aos demais produtos, conforme relação abaixo, pois os bens se destinaram ao consumo do estabelecimento, eis que se tratam de peças de reposição do maquinário e materiais de uso e consumo do estabelecimento. Também foram excluídas as exigências relativas às mercadorias que foram destinadas ao ativo imobilizado da empresa (máquina politriz; máquina de furar pedra), já que foram indevidamente incluídas como material de uso e consumo e o Recorrente tem o direito ao crédito (art. 93, V, “a”, do RICMS/97), desde que não se credite em valores superiores às parcelas de 1/48 registradas no livro CIAP.

Desta forma, procede parcialmente o lançamento, com base no art. 93, V, “b”, do RICMS/97 para a infração 1, e no art. 5º, I, do mesmo regulamento, para a infração 2, nos valores resumidos à fl.

INFRAÇÃO 3

Refere-se a falta de recolhimento do imposto, em virtude de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias, regularmente escrituradas, destinadas a empresas localizadas em outras unidades da Federação e não contribuintes do ICMS.

O levantamento e as respectivas notas fiscais encontram-se às fls. 40 a 64, em cuja planilha estão especificados em cada coluna todos os dados dos documentos fiscais, quais sejam, a data, o número da nota fiscal, a base de cálculo, o imposto à alíquota que o contribuinte utilizou (12%), o imposto à alíquota devida (17%), e finalmente a diferença a recolher.

O recorrente, em sua defesa, não adentrou no mérito, limitando-se a alegar que o trabalho fiscal está baseado em presunção. O recorrente teve conhecimento de quais notas fiscais se referem ao lançamento fiscal, não havendo como prosperar o argumento defensivo de que foram relacionadas as datas, sem especificar as notas fiscais emitidas para não contribuintes de outros Estados, uma vez que, no citado levantamento encontram-se especificados os números das notas fiscais (fl. 40), as quais, estão de posse do próprio contribuinte, e nelas constam que os destinatários realmente estão localizados em outra unidade da Federação.

Embora estejam indicados nos documentos fiscais o número da inscrição estadual em outros Estados, constatam os membros da 2ª JF que uma das empresas é um hospital, enquanto que as outras empresas são do ramo da construção civil, conforme consulta no SINTEGRA, cujo CNAE Fiscal é de “Edificações Residenciais, Industriais, Comerciais e de Serviços”, e com base nestes dados não seriam contribuintes do ICMS, haja vista que empresas de construção civil pagam ISS pelos serviços executados.

Nesta circunstância, não se descarta a possibilidade das citadas empresas realizarem operações com mercadorias. Porém, entendem que a condição de contribuinte do ICMS das empresas destinatárias só estaria devidamente demonstrada se viesse aos autos a prova de que as mesmas exerciam atividade sujeita à incidência do imposto estadual. A condição de inscrito no cadastro do ICMS do Estado de destino das mercadorias, por si só, não transforma nenhuma pessoa, física ou jurídica, na condição de contribuinte do imposto, ou seja, o que determina a condição de contribuinte do ICMS não é o fato de ele estar ou não inscrito no cadastro estadual, mas sim a efetiva natureza de seus negócios, atendido o critério da habitualidade. Considerando o objeto social dos destinatários constantes nos documentos fiscais que serviram de base à autuação, caberia ao Recorrente, para destituir a acusação fiscal, apresentar produzir provas no sentido de certificar a situação tributária dos destinatários dos produtos remetidos nos respectivos Estados, conforme prevê o Convênio ICMS 137/02, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados em relação a operação interestadual que destine mercadoria a empresa de construção civil, ratificado pelo Estado da Bahia, cujos Estados signatários foram Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Sergipe e o Distrito Federal.

Concluíram que foi correta exigência do imposto recolhido a menos por erro na aplicação da alíquota, tendo em vista que as cópias das notas fiscais de vendas dos produtos anexadas pelo autuante têm como destinatários várias empreiteiras da construção civil e uma clínica. Portanto, em tais operações, de acordo com o disposto no art. 50, I, “b”, do RICMS/97, a alíquota aplicável é de 17% ao invés de 12% utilizada pelo autuado, razão pela qual consideraram caracterizada a infração.

INFRAÇÃO 4

Pertinente à falta de retenção do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuada por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado.

Ao se defender da imputação, o recorrente alegou que nas operações de vendas dos seus produtos utiliza a cláusula FCA, cujo frete é de responsabilidade do adquirente, além do que disse que o autuante não relacionou a origem do crédito tributário, cuja alegação não foi acatada pelo mesmo em sua informação fiscal.

Acordaram os membros da primeira instância que o recorrente não apresentou prova de que realmente as operações foram realizadas a preço FOB, e mesmo que as vendas sejam CIF ou FOB, quando a mercadoria for destinada a outra unidade da Federação e o transportador seja autônomo, ou transportador não inscrito como contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, e o remetente da mercadoria seja inscrito no cadastro da SEFAZ, como normal, obriga-se a fazer a retenção do imposto em tais operações. Mantendo o lançamento.

INFRAÇÃO 5

O motivo da autuação foi em razão do autuado ter adquirido mercadorias através das Notas Fiscais de Entrada n^{os} 705, 076, 707, 708, 709 e 710, emitidas nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, julho e agosto de 2003, respectivamente, tendo se creditado do imposto nelas destacado, sem, contudo, ter comprovado o recolhimento do ICMS, seja através da conta corrente fiscal ou mediante guia de recolhimento, conforme documentos às fls. 66 a 70.

Foi alegado na defesa que todas as notas fiscais de saídas citadas foram devidamente escrituradas nos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, sendo o imposto devidamente recolhido nos prazos regulamentares.

Os membros da primeira instância mantiveram o lançamento, pois não foi apresentado o livro Registro de Saídas comprovando que as mercadorias objeto das notas fiscais de entradas foram objeto de saídas tributadas, ou os comprovantes de recolhimentos na operação de entrada.

Quanto aos documentos apresentados na defesa, verificaram que se referem aos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS dos períodos de 2003 e 2004 (fls. 269 a 345).

INFRAÇÃO 6

Diz respeito a recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo, relativo às saídas de mercadorias regularmente escrituradas, pela não inclusão na base de cálculo do valor do IPI através das notas fiscais n^{os} 74 a 77.

Em sua impugnação ao lançamento, o Recorrente aduziu que não integra a base de cálculo do ICMS, o valor do IPI, quando a operação configurar fato gerador de ambos os tributos, conforme disposto no artigo 55, I, “b”, do RICMS/97.

Já o autuante, com arrimo no art. 54, I, “c”, do RICMS/97, sustentou que o IPI integra a base de cálculo do ICMS nas operações realizadas para consumidor final ou para uso e consumo de estabelecimento de contribuinte, pois o Recorrente é contribuinte do IPI, embora não recolha o mesmo.

Os eméritos julgadores salientaram que o simples fato do contribuinte ser ou não contribuinte do IPI não o desobriga de incluí-lo na base de cálculo do ICMS, uma vez que conforme disposto no art. 54, I, “c” do RICMS/97, além de outras despesas, integra a base de cálculo do ICMS o valor do IPI cobrado, relativamente a operação com destino a consumidor final ou a usuário final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado do estabelecimento.

Além disso, a condição de contribuinte de dois tributos (ISS e ICMS) precisa ser comprovada.

Concluíram que o que está sendo discutido neste item é se os destinatários das mercadorias seriam ou não contribuintes do ICMS.

Frisaram que esta questão já foi objeto de outro Auto de Infração em nome do Recorrente e referente a outro período, sendo julgada procedente a autuação. No entanto, como neste processo o lançamento deste item está baseado apenas no demonstrativo constante às fls. 74 a 77, sem terem sido colacionadas aos autos cópias das respectivas notas fiscais, de modo que fossem examinados os nomes das empresas destinatárias, permitindo ao sujeito passivo o exercício da ampla defesa, concluíram pela nulidade deste item, por falta de prova da acusação que foi imputado ao autuado.

INFRAÇÃO 7

Refere-se à utilização indevida de crédito fiscal, através de lançamento da Nota Fiscal n° 95711, contendo destinatário diverso (fl. 16). Este não mereceu maiores considerações, haja vista que o recorrente reconheceu o cometimento da infração imputada.

INFRAÇÃO 8

Este item faz referência a falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais contendo como natureza da operação “Exportação”, sem a comprovação da efetiva saída por intermédio das guias ou registros de exportação, conforme notas fiscais às fls. 18 a 40.

Na defesa fiscal o recorrente invocou a legislação tributária que dispõe sobre a não incidência de ICMS sobre operações que destinem mercadorias ao exterior, ressaltando que não foi apresentada qualquer prova sobre a não ocorrência da exportação. Contudo, cotejando-se os citados documentos fiscais, os eméritos julgadores constataram que os destinatários são empresas localizadas nos Estados do Espírito Santo e Maranhão, e a natureza da operação é “Exportação”, inclusive em todas elas consta também a observação “Mercadoria com fim específico exportação”, ressaltando que não foi apresentada qualquer prova sobre a não ocorrência da exportação.

Logo, caberia ao próprio recorrente comprovar que realmente efetuou a exportação das mercadorias, mediante apresentação das respectivas Guias de Exportação ou Relatórios de Embarques (RE) e Conhecimentos de Transportes, haja vista que os documentos fiscais indicam que as mercadorias foram remetidas para fins de exportação, inclusive não consta no Sistema da Secretaria da Fazenda e nem da Receita Federal qualquer documento que faça referência a tais operações, conforme informou o autuante.

Ante o exposto, acordaram pela Procedência Em Parte do Auto de Infração no total de R\$ 81.943,59, ficando o demonstrativo de débito das infrações 1 e 2 modificado conforme quadro constante à fl.

Em razão do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, foi interposto Recurso de Ofício contra o capítulo da Decisão que anulou parcialmente os itens 1 e 2 e totalmente o item 06 do Auto de Infração.

O recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega que todos os materiais referentes às infrações 1 e 2 foram consumidos durante o processo de extração e beneficiamento de rochas ornamentais de granito. Portanto, dele não poderia ser cobrado os valores dos créditos pretensamente devidos, nem as diferenças de alíquotas referentes a estas mercadorias. Aduz que as infrações devem ser elididas totalmente porque todas as citadas mercadorias são insumos e matérias-prima, e não são utilizadas para uso e consumo do estabelecimento como entenderam os membros da Primeira Instância.

Para comprovar sua alegação, descreve todo o processo de extração e beneficiamento de rochas ornamentais de granito, destacando-o em duas etapas, na primeira realizada na pedreira informa que os materiais utilizados são totalmente consumidos, pois os BITZ após o uso na furação superficial destroem-se em função da perda dos diamantes; as BARRAS DE AÇO são totalmente consumidas na perfuração de profundidade, transformando-se em pó; os EXPLOSIVOS e o ÓLEO DIESEL, desaparecem após a combustão necessária ao destaque das rochas e à tração em que se convertem; os FIOS DIAMANTADOS após o uso por algumas horas (insuficiente para partilha de um único bloco) tem pulverizados os “cristais diamantados” com que se revestem.

Já na etapa posterior processada na serraria consomem-se a solução de ÁGUA e CAL e GRANALHAS DE AÇO, aplicada sobre os blocos, gera sub-produto (borra) inutilizável, com as sobras de cal e pó de aço que não foram incorporados às placas de granito; as SERRAS NÃO DENTADAS depois de colocadas em fricção com as chapas embebidas pela solução supramencionada, irremediavelmente perdem o corte; os ABRASIVOS são integralmente assimilados pelo granito; enquanto que os DISCOS DIAMANTADOS, como ocorre com todos os materiais à base de fragmentos de diamantes, após a passagem de polimento, perdem definitivamente tais pedras.

Chama a atenção para o conceito de estabelecimento empresarial, citando o jurista Fábio Ulhôa Coelho, que não se confunde com o objeto social empreendido, e conclui que as mercadorias destinadas ao uso e consumo deste seriam aquelas destinadas à utilização administrativa, ou seja, em outras finalidades diferentes dos principais fins da empresa. Exemplifica como material de uso na sua empresa: régua de escritório, correntes de ferro para o fechamento dos portões. E como exemplo de mercadoria destinada ao consumo traz: papel comum para impressão, copos plásticos, pó de café.

Traz ensinamentos de renomados juristas dissertando sobre o princípio da não-cumulatividade, com o fito de demonstrar que qualquer limitação imposta por normas infraconstitucionais ao aludido princípio, carece de constitucionalidade.

Quanto à infração 3, o recorrente alega que o período de abril a dezembro de 2003 não abarca qualquer operação para não contribuinte do imposto. Assim como na Impugnação, aduz que não foram apontadas especificamente quais operações foram realizadas com não contribuintes do

imposto, faz referência ao princípio da estrita legalidade tributária para afirmar que são descabidas simples presunções de que os destinatários não são contribuintes do imposto.

Sustenta que no momento da venda recorre ao cadastro informatizado SINTEGRA para consultar os dados cadastrais dos adquirentes, e que estas informações refletem a realidade circunstancial. Argumenta que como não houve a identificação específica da empresa que não é contribuinte, a infração não pode subsistir.

Alude também ao voto discordante do membro da 2ª JFJ que entendeu não ser possível a afirmação de que as empresas de construção civil não são contribuintes do imposto, pois pela natureza da atividade destas empresas, além de prestarem serviços, elas também podem vender mercadorias.

O recorrente se insurge também quanto à infração 04, alegando que, segundo o art. 380, I, “a” do RICMS, só poderá ser responsabilizado aquele alienante da mercadoria que seja o contratante do serviço de transporte. Como as operações foram realizadas com cláusula FCA, o contratante do serviço de transporte foi o adquirente e, portanto, não é possível a responsabilização do recorrente pela não retenção do imposto devido sobre o transporte intermunicipal ou interestadual.

Irresignado quanto à infração 5, o recorrente salienta que as Notas Fiscais de saída elencadas na infração foram lançadas no Registro de Saída e no Livro de Apuração de ICMS e que isto está ostensivamente demonstrado na escrita do recorrente, que foi fartamente exibida perante a SEFAZ-BA.

O recorrente argumenta que em relação à infração 8, o autuante não pode cobrar dele a prova de que a exportação realmente ocorreu. Fundamenta que o ônus probatório recai sobre o pólo ativo, e frisa que em nenhum texto legal se encontra qualquer mitigação a não-incidência, constitucionalmente qualificada, acerca da exportação de mercadorias, inclusive, quando se trata de exportação dita indireta.

Para abalar seu entendimento, apresenta jurisprudência do STJ que aponta a ilegalidade das limitações impostas pelo fisco para se obter a não-incidência de ICMS na exportação e transporte de produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados.

Por fim, requer a anulação completa do Auto de Infração, ou a improcedência de quaisquer das infrações contidas no mesmo.

Em Parecer o ilustre representante da PGE/PROFIS foi manifestado o entendimento que os materiais aduzidos como insumos e matéria-prima pelo recorrente não podem assim ser considerados porque não são consumidos integralmente no processo produtivo e não compõe o produto final comercializado. Esses por serem utilizados continuamente no beneficiamento do produto final, e também por se caracterizarem como peças de reposição e manutenção de equipamentos, não podem ser considerados insumos. Fundamenta seu opinativo no art. 93, V, “b” e § 1º, “b” e “c”.

Quanto à infração 3, o ilustre representante entende que efetivamente existiram as operações de vendas interestaduais para não contribuintes do imposto, que no caso seriam a empresa de engenharia EC Engenharia e Consultoria Ltda.

No que se refere à infração 4, o ilustre representante da Fazenda entende descabida a alegação do Recorrente porque da análise do RICMS se conclui que o legislador não fez restrição à possibilidade da retenção do imposto pelo substituto tributário à forma de pagamento do serviço de transporte ser regida pelas cláusulas CIF ou FOB. Ademais, o recorrente não comprovou que a contratação do serviço de transporte foi realizada pelo destinatário da mercadoria.

Pertinente à infração 5, entendeu que o recorrente não comprovou suas alegações de que as notas foram devidamente escrituradas nos livros registros de saídas.

Quanto à infração 8, entendeu que as exportações não foram comprovadas por falta da juntada das Guias de Exportação ou Relatórios de Embarque.

Concluiu pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Em atendimento ao 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 a 2ª JF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

Após a análise dos autos, verifico que em relação às infrações 1 e 2 os bens descritos pelo recorrente como insumos não devem ser considerados como produtos intermediários passíveis de gerar crédito fiscal, uma vez que não são consumidos integralmente no processo industrial e, igualmente, não compõem o produto final comercializado.

Ademais, como bem destacou o ilustre representante da PGE/PROFIS os bens arrolados pelo recorrente como produtos intermediários passíveis de gerar crédito fiscal, constante às fls. 359/363 dos autos, não podem ser considerados insumos consumidos integralmente no processo produtivo, em razão da sua contínua utilização no beneficiamento do produto final e, também, por se caracterizarem como peças de reposição e manutenção de equipamentos.

Quanto à terceira infração, entendo que o argumento do recorrente a respeito da inexistência de prova nos autos da realização de operação de venda interestadual de mercadoria para não contribuinte do imposto não tem qualquer fundamento, posto que os documentos acostados às fls. 40/64 demonstram a ocorrência das referidas operações para não contribuintes do imposto, como é o caso da empresa EC Engenharia e Consultoria Ltda., situada no Estado da Paraíba.

No tocante à infração 4, alega o recorrente que a imputação é indevida, uma vez que as operações de venda inventariadas foram realizadas sob égide da cláusula FOB, sendo, portanto, incorreta a cobrança da retenção.

Todavia, observo que o recorrente não trouxe aos autos prova da contratação do serviço de transporte ter sido realizado pelos destinatários das mercadorias.

Outrossim, como ressaltou o ilustre representante da PGE/PROFIS, o art. 380, I, “a”, do RICMS, não faz qualquer restrição à possibilidade da retenção do imposto pelo substituto tributário à forma de pagamento do serviço de transporte ser regida pelas cláusulas CIF ou FOB, razão pela qual a infração deve ser mantida.

Em relação à infração 5, sustenta o recorrente que o recolhimento do imposto foi realizado normalmente e que todas as notas arroladas no lançamento foram devidamente escrituradas nos Livros Registros de Saídas e RAICMS. Contudo, entendo que o recorrente não provou suas alegações, restando, por conseguinte, o cometimento da utilização indevida de crédito.

Por fim, no que diz respeito à infração 08, não obstante não seja devida a cobrança do ICMS sobre operações de exportação de mercadorias, verifico que o recorrente não trouxe aos autos provas da realização dessas operações, tais como as guias de exportação ou relatórios de embarque.

Ante o exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, entendo que a Decisão recorrida pela nulidade da infração 06 merece reforma.

Isso porque, embora, este item esteja baseado apenas no demonstrativo constante às fls. 74 a 77, sem terem sido colacionadas aos autos cópias das respectivas notas fiscais, de modo que fossem examinados os nomes das empresas destinatárias, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, uma vez que as notas fiscais encontram-se em posse do próprio recorrente.

Em relação às infrações 1 e 2, entendo que a decisão não merece reforma, uma vez que ficou demonstrado nos autos que os referidos produtos são intermediários, gerando, portanto direito ao crédito.

Em conclusão, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180503.1025/04-5, lavrado contra **GRANITOS MILANO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$87.073,02**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “e” e “f”, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS