

A. I. Nº - 299314.0001/05-9
AUTUADO - LANXESS INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTES - CARLOS ALBERTO ANDRADE DO NASCIMENTO e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 16. 03. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0057-04/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. TRATAMENTO DE ÁGUA. b) TRATAMENTO DE EFLUENTES. c) MATERIAIS DIVERSOS. d) ÓLEO DE MAMONA HIDROGENADO E ÓLEO DE SILICONE. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Infração parcialmente comprovada, haja vista que diligência revisora traz aos autos comprovação de 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. Infração parcialmente procedente. d) ATIVO IMOBILIZADO. VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Infração comprovada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. a) TRATAMENTO DE ÁGUA. b) TRATAMENTO DE EFLUENTES. c) MATERIAIS DIVERSOS. d) ÓLEO DE MAMONA HIDROGENADO E ÓLEO DE SILICONE. Tratando-se de parte dos mesmos materiais de que cuida o item anterior, é devido o pagamento do diferencial de alíquotas. Infração parcialmente caracterizada 3. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente comprovada. 4. EXPORTAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO EFETIVA DA SAÍDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração parcialmente comprovada. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 17/08/2005, exige ICMS totalizando o valor de R\$ 770.940,28 e multas de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Materiais de consumo empregados no tratamento de água, conforme Anexo 02, integrante deste PAF. ICMS de R\$ 11.156,46.
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. Materiais de consumo adquiridos de outras unidades da Federação utilizados no tratamento de água conforme Anexo 02 integrante deste PAF. ICMS de R\$ 11.347,36.

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Materiais de consumo empregados no tratamento de efluentes, conforme Anexo 03, integrante deste PAF. ICMS de R\$ 64.654,20.
4. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. O contribuinte utilizou integralmente o crédito fiscal destacado nos documentos fiscais, no mês de entrada do bem, a partir do Livro de Registro de Entradas, sem observar o rateio deste mesmo crédito fiscal a razão de 1/48 (CIAP). Conforme Anexo 04, integrante deste PAF. ICMS de R\$ 69.365,81.
5. Deixou de recolher ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Contribuinte enviou produtos para a Zona Franca de Manaus sem o conhecimento da SUFRAMA- produto entregue em lugar diverso, conforme Anexo 05, integrante deste PAF. ICMS de R\$ 187.188,02.
6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Materiais diversos não discriminados anteriormente nas infrações já caracterizadas. Contribuinte utilizou integralmente o crédito fiscal destacado nos documentos fiscais, mercadorias cujo CFOP é 197 e 297, conforme Anexo 06, integrante deste PAF. ICMS de R\$ 3.247,70.
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Conforme Anexo 07, integrante deste PAF. ICMS de R\$ 34.552,86.
8. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Materiais diversos, não discriminados anteriormente nas infrações já caracterizadas, conforme Anexo 08, integrante deste PAF. ICMS de R\$ 22.452,82.
9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Contribuinte adquiriu materiais que são utilizados para lubrificação de equipamento industrial e outros utilizados na manutenção geral enquadrados com CFOP incorreto – Materiais de uso ou consumo adquiridos e, portanto, créditos fiscais indevidos, conforme Anexo 09, integrante deste PAF. ICMS de 238.661,54.
10. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Contribuinte adquiriu materiais que são utilizados para lubrificação de equipamento industrial e outros utilizados na manutenção geral enquadrados com CFOP incorreto – Materiais de uso ou consumo portanto, adquiridos sem o recolhimento da diferença de alíquotas de ICMS correspondente, conforme Anexo 09, integrante deste PAF. ICMS de R\$ 23.495,93.
11. Deixou de recolher ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação. Contribuinte não apresentou comprovação das operações de exportação, as quais não constam dos arquivos do Sistema Siscomex, conforme Anexo 10, integrante deste PAF. ICMS de R\$ 104.637,58.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, ingressa com defesa, fls. 350 a 370 e inicialmente pugna pela decadência do lançamento, recordando que no lançamento por homologação, o prazo decadencial para Fazenda Pública constituir o crédito tributário está disposto no art. 150 § 4º do CTN, conforme jurisprudência pacífica do STJ que transcreve.

Assim, argumenta que todos os valores relativos ao período de 31/01/2000 a 31/07/2000, em todas as infrações apontadas, encontram-se extintos em razão da decadência.

No mérito, nas infrações 01 e 02, reconhece a procedência dos valores posteriores a 19/08/2005 (sic), data em que o lançamento foi efetuado, e diz que providenciará o pagamento dos mesmos.

Na infração 03, o auditor entendeu que tanto a soda cáustica líquida 50% (cinquenta por cento), como a soda cáustica em escamas 98%, (noventa e oito por cento), eram utilizadas para o tratamento de água. Reconhece a procedência dos valores exigidos nos períodos posteriores a 19/08/2005 (sic).

Reconhece as infrações 04, 06, e 07, ao tempo em que informa que providenciará o recolhimento dos valores exigidos.

Destaca na infração 05, que o valor de R\$ 1.230,60 (hum mil duzentos e trinta reais e sessenta centavos), relativo ao período de apuração de 31/03/2000, encontra-se extinto em razão da decadência. Apresenta a Declaração de Ingresso emitida pela SUFRAMA, comprovando a efetiva entrada das mercadorias, relativas às notas fiscais nº 67, 4686,503,504,518,45817, 553, 4909, 571, 606,4961,4989, 728, 5075, 5123, 869, 923,5295, 5296, 5399, 2199. Destaca que em relação à nota fiscal nº 2199, as mercadorias foram enviadas inicialmente para a Cia Nacional de Armazéns Gerais Alfandegados e, posteriormente, internadas na Zona Franca de Manaus, consoante Declaração de Ingresso da SUFRAMA, que anexa.

Ressalta que, comprovada a efetiva entradas das mercadorias na Zona Franca de Manaus, improcede a exigência de ICMS conforme art. 29 do RICMS.

Reconhece a exigência contida na infração 08, com exceção do valor de R\$ 681,98 (seiscentos e oitenta e hum reais e noventa e oito centavos), em razão da decadência.

Na infração 09, esclarece que o auditor entendeu, equivocadamente, que o Óleo de Mamona hidrogenado e o Óleo de Silicone 200 Fluído 1000 CS, eram utilizados para lubrificação do equipamento industrial do impugnante. Ressalta que interrompeu a fabricação dos produtos que tinham como insumos os produtos objeto do presente auto de infração (Soda Cáustica líquida 50%, Soda Cáustica em escamas 98%, Nalco, Óleo de Mamona Hidrogenado, Óleo de Silicone 200 Fluido 1000 CS, entre outros relacionados no Auto de Infração).

Diz que o fiscal não pode verificar “in loco” o processo produtivo da impugnante e presumiu que o Óleo de Mamona Hidrogenado e o Óleo De Silicone 200 Fluído CS eram utilizados na lubrificação do equipamento industrial da impugnante. Assevera que o Óleo de Mamona Hidrogenado era utilizado como matéria prima do produto CYCOGEL, produzidos à época pelo impugnante. (doc. 05). Já o Óleo de Silicone 200 Fluido 1000 CS era utilizado como matéria prima do CYCOGEL AMF- 25245 e do LUSTRAN, também produzidos à época pelo impugnante (documento 06).

Apresenta a composição dos produtos CYCOGEL e LUSTRAN, evidenciando a utilização do Óleo de Mamona Hidrogenado e do Óleo De Silicone 200 Fluido 1000 CS, como insumos do processo produtivo do impugnante. (doc. 07).

Neste caso, entende ser legítimo o direito ao crédito fiscal, nos termos do art. 93, I, b do RICMS/97. Caso os documentos e as alegações apresentadas não sejam suficientes, requer a realização de perícia técnica para resposta aos seguintes quesitos:

1. Qual é a utilização do óleo de mamona hidrogenado para obtenção do produto CYCOGEL AMP 1000, produzido pelo impugnante?
2. Qual é a utilização do óleo de silicone 200 fluido 1000 CS para obtenção dos produtos CYCOGEL AMF 25245 e LUSTRAN DP-E 396-1000? Pode o mesmo ser considerado como insumo?

Na infração 10, considerando que o Óleo de Mamona Hidrogenado e o Óleo De Silicone 200 Fluido 1000 CS eram utilizados como insumos no processo produtivo, inexiste qualquer diferença de alíquotas a ser exigida.

Por fim, reconhece a procedência do lançamento relativo às notas fiscais nº 104004, 37015, 38226, referentes a cadeiras giratórias e material auxiliar de produção.

Na infração 11, destaca que o valor exigido no período de 28/02/2000, no valor de R\$ 558,15, encontra-se extinto pela decadência. Apresenta os Registros de Exportação, relativo às notas fiscais nº 3765, 5037, 5040, 5066, 5406, 5718, 5926, 6424, 6740, 6973, e pede a improcedência da infração.

A final, requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente diligência fiscal e perícia técnica.

Os autuantes prestam a informação fiscal de fls. 517 a 522, e invocam o art. 173, I e II do CTN a ser aplicado na decadência do crédito tributário de ICMS, ao tempo em que refutam a argüição de decadência levantada pelo autuado.

Na infração 05, em razão de o contribuinte ter apresentado a Declaração de Ingresso (doc. 03), comprovando parte das entradas de mercadorias na Zona Franca de Manaus, relativamente às vinte e uma notas fiscais relacionadas na planilha de fls. 358 a 359, corrigem o Anexo 05 de fls. 113 a 115, resultando em diminuição dos valores exigidos. Mantêm a infração em parte, relativa às notas fiscais cujos ingressos na Zona Franca de Manaus não foram comprovados. Anexa planilha retificada às fls. 523 a 525.

Com relação à infração 08, ressaltam que, apesar de o processo produtivo estar encerrado, nas várias visitas que efetuaram ao parque fabril, foram informados através dos empregados que participavam da produção. Os documentos 05, 06 e 07, acostados pela defesa são planilhas sem qualquer valor probante. Ressaltam que, se for observada a planilha de fl. 407, verifica-se que o Oleo De Mamona Hidrogenado é declarado como matéria prima do CYCOGEL AMF-25245-E, dentre outros produtos relacionados às fls. 408, (doc.05), assim como o Óleo Silicone 200 Fluido 1000 cs (fl. 410) é declarado como matéria prima de outros produtos relacionados às fls. 411 (doc 06), contudo às fls. 414, (doc. 07), constataram que o produto CYCOGEL AMF-25245-E também é produzido com Óleo Silicone 200 Fluido 1000 CS. Salientam que o CYCOGEL é plástico de engenharia, próprio para ser usado como insumo nas indústrias de produtos que usam estes plásticos especiais. Tais plásticos também não são produzidos a partir de óleos, como pretende fazer acreditar o contribuinte. Observam que as planilhas acostadas pelo contribuinte se contradizem, confirmando que tais óleos não estão diretamente relacionados à obtenção dos produtos acima declarados. Também as planilhas acostadas pelo contribuinte, às fls. 414 e 415, elencam uma série de itens que não podem ser considerados matéria prima, a saber:

- . saco CYCOGEL PEVD LINEAR 53,0 x 78,0 x 0,...
- . pallet de madeira 1,00 x 1,20 M –One way
- . saco lustran ABS PEVD (53,0 x 0,78 x 0,35...

Dizem que o contribuinte poderia ter anexado documentos relativos à planta industrial, máquinas e equipamentos com as necessárias especificações, com descrição detalhada do processo produtivo, incluindo fluxograma, “know-how” e relatórios de eficiência. Lembram que o contribuinte afirmou que interrompeu a fabricação dos produtos, e tal planta industrial não mais existe, portanto a perícia só pode ser efetuada através de informações retiradas dos projetos, da planta industrial e das especificações técnicas. Consideram que o contribuinte não descaracterizou a infração.

Quanto á infração 10, o contribuinte nada apresentou que tenha descaracterizado a infração, referente ao uso indevido de crédito fiscal, por se tratarem de materiais de uso e consumo. Assim, é devido o pagamento da diferença de alíquotas. Ressaltam que o contribuinte reconheceu a procedência da infração, relativamente a 03 notas fiscais que relaciona na defesa.

Na infração 11, retificam os valores a serem exigidos, conforme Anexo 10, de fl. 527, mas mantêm a autuação referente à nota fiscal nº 3765, visto que os documentos que o contribuinte acostou não são relativos a nota fiscal em questão, pois o Registro de Exportação nº 01/0480148-001 é referente às mercadorias constantes da nota fiscal 3787.

Ressaltam que o contribuinte recebeu cópia do auto e todos os demonstrativos, levantamentos e documentos integrantes do auto de infração, em 19/08/2005. Opinam pela procedência em parte das infrações 05 e 11, e pela procedência das demais.

O autuado manifesta-se às fls. 530 a 531, requerendo a juntada da guia de recolhimento no importe de R\$ 442.434,00, correspondente ao valor principal e acréscimos moratórios, como reconhecimento parcial do auto de infração em tela, com o Benefício da Lei 9.650/05.

Em atenção à intimação para manifestar-se sobre a informação fiscal, a empresa vem às fls. 549 a 559, e reitera o pedido de decadência. Também analisa a participação do Óleo De Mamona e do Óleo De Silicone no processo produtivo, para a final, refutar a falta de comprovação da exportação das mercadorias saídas do estabelecimento por meio da Nota Fiscal nº 3765.

Pugna que o auto de infração é uma peça acusatória, e como tal, deve estar fundamentado em provas contundentes do cometimento de infrações e, comprovar, de forma categórica, a ocorrência de fato gerador. Os auditores fiscais reconhecem que não verificaram “in loco” o processo produtivo, mas basearam-se em informações obtidas com funcionários que, supostamente, participavam da produção, todavia, sem mencionar qualquer nome, bem como não intimaram o contribuinte a prestar informações formalmente. Assim, não houve prova de que tais produtos não eram matéria prima na produção de Cycogel, mas são produtos bastante ecléticos e de larga utilização na indústria, consoante documentação em anexo (doc. 01).

Explicam que na indústria plástica, ramo de atividade do impugnante, a função básica dos referidos óleos é a lubrificação do plástico, integrando-se ao produto final. Sem estes insumos, o produto final não seria maleável e racharia, perdendo as suas características essenciais. No caso específico, o óleo de mamona hidrogenado era utilizado como matéria prima do produto CYCOGEL e óleo de silicone 200 Fluido 1000 CS era utilizado como matéria prima do CYCOGEL AMF-25245-E e do LUSTRAN, produzidos à época pela impugnante. Destacam que o lustran e o Cycogel são considerados plásticos de engenharia, que servem como matéria prima nas indústrias eletro-eletrônica de linha branca, equipamentos médicos, informática e ainda no setor automotivo (doc. 02).

Visando comprovar a utilização dos referidos óleos no seu processo produtivo, requer a juntada dos seguintes documentos:

- formulário apresentado pelo Ministério da Saúde visando a liberação de alguns produtos, entre eles o CYCOGEL, para contato com alimentos. Destaca que este formulário foi assinado pelo representante legal da empresa à época, comprovando a veracidade das alegações. Neste sentido a composição química do referido produto foi assim discriminada. (doc. 03).

- composição química do Lustran encaminhado ao Instituto Adolfo Lutz para análise da qualidade do produto para o contato com alimentos e etc. Da sua análise destaca-se o óleo de silicone, na composição química do Lustran (doc. 04).

Outrossim, afirma que não há qualquer contradição na documentação carreada aos autos, pelo impugnante, na medida em que devem ser analisados conjuntamente. O documento de nº.07,

apresentado na impugnação, informa quais são os componentes utilizados para obtenção dos produtos a que se referem, englobando o seu acondicionamento (sacos e pallets).

Assim, a mera suposição de que óleos só podem ser utilizados para lubrificação de equipamento industrial não se sustenta. Utilizar-se deste argumento é restringir a utilidade destes produtos, amplamente demonstrada pelos indícios técnicos apresentados, o que extrapola a competência do auditor.

Questiona se a planta industrial, especificações de máquinas e equipamentos, não deveriam ter sido utilizados pelos auditores para formular a presente autuação, ao invés de simples questionamentos aos funcionários da empresa.

Salienta que requereu a elaboração de um Laudo Técnico, com o auxílio de um engenheiro de materiais, explicando a utilização do óleo de silicone hidrogenado e do óleo de mamona na indústria plástica, e mais ainda, na produção da impugnante. Informa que referido profissional poderá elaborar um laudo técnico, sem a necessidade de contato com o processo produtivo, atualmente inexistente no parque industrial do impugnante.

Quanto à comprovação da exportação, da nota fiscal nº 3765, reconhece que equivocou-se ao apresentar o Registro de Exportação, mas nesta oportunidade apresenta o correto, o RE nº 01/480272-001, em anexo (doc. 05).

Sustenta o pedido de diligencia ou perícia, requer o cancelamento da exigência de ICMS relativo à nota fiscal nº 3765, e reconhecimento da decadência em relação aos fatos geradores ocorridos até 19/08/2000.

Diante da controvérsia relativa às infrações 09 e 10, esta 4ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à inspetoria de origem, para que estranho ao feito, realizasse perícia técnica visando resposta aos seguintes quesitos, formulados pelo defendant (fls. 615/616):

3. Qual é a utilização do óleo de mamona hidrogenado para obtenção do produto CYCOGEL AMP 1000, produzido pelo impugnante?
4. Qual é a utilização do óleo de silicone 200 fluido 1000 CS para obtenção dos produtos CYCOGEL AMF 25245 E e LUSTRAN DP-E 396-1000? Pode o mesmo ser considerado como insumo?

Em atendimento, auditor fiscal estranho ao feito, elabora o Parecer de fls. 620 a 622, no qual após manter entendimento com dois funcionários do contribuinte, Francisco Onório, da área fiscal e Ângela Ribeiro, coordenadora/responsável pela área de produção, foi informado de que todos os documentos capazes de elucidar a questão teriam sido colocados à disposição dos autuantes e/ou acostados neste PAF. Também que uma verificação in loco, do consumo de óleo de mamona e de óleo de silicone, no processo produtivo, não seria possível, haja vista que não mais existe a elaboração dos produtos Cycogel e Lustran, gerados a partir deles e de outros insumos/matérias primas. Foi colocado a par de que a resina Lustran voltaria a ser produzida a partir de março ou abril deste ano, quando haveria a possibilidade de verificar se o silicone é usado como insumo.

Observa que os documentos acostados ao PAF não seriam suficientes para elucidar a questão, e que conversou com colegas que possuem conhecimentos técnicos na área, com resinas poliméricas para obtenção de materiais plásticos, quando consultaram alguns manuais que indicavam a possibilidade de uso dos óleos de mamona e de silicone como insumos que se agregam ao produto final (resinas) para lhes dar maior maleabilidade. Contudo, não poderiam afirmar que a empresa autuada usou-os para tal fim.

Consultou também três empresas em que haveria a possibilidade de uso desses óleos, como insumos, no processo produtivo, a Cromex, a Polibrail Compostos e a Proquigel. Apesar de todas trabalharam com resinas poliméricas (polímeros diferentes dos que usava o autuado, tais como OS,PP, PEBD e Acrilonitrila), não os usavam como aditivos.

Finalmente manteve contato com os autuantes, que lhe informaram terem obtido informações acerca do uso dos óleos no processo produtivo, de forma verbal por meio de dois funcionários da área de produção. Segundo esses, os óleos eram usados para lubrificação de máquinas e equipamentos, o que os levou a glosar os correspondentes créditos fiscais.

Conclui que não há como precisar, tecnicamente, diante dos elementos de prova disponíveis, serem verdadeiras as assertivas acima mencionadas, ou seja afirmar com segurança que os Óleos de Mamona e de Silicone são utilizados como insumos, mesmo que parcialmente, para a fabricação das resinas poliméricas Cyogel e Lustran e a elas se incorporam.

O autuado cientificado da diligência acima, manifesta-se, às fls. 625 a 630, e reafirma que no ramo de atividade da requerente, indústria plástica, o Óleo de Mamona Hidrogenado e o Óleo de Silicone Fluido 1000 CS são aplicados diretamente no plástico, preservando sua maleabilidade e evitando rachaduras, ou seja, garantindo a higidez do produto. Ressalta que esta possibilidade encontra-se claramente reconhecida pela diligência fiscal.

Salienta que a acusação fiscal, baseou-se exclusivamente na informação de dois funcionários da área industrial, que indicaram a utilização dos produtos para lubrificação de equipamento industrial. Como a requerente, desde a época da ação fiscal, não possuía mais esta linha de produção, não existem funcionários capacitados na área industrial para responder tais questionamentos, o que evidencia o equívoco cometido pela fiscalização. Desta forma, só é possível admitir que as referidas informações tenham sido prestadas por pessoas alheias à atividade industrial da empresa e, portanto, sem qualquer legitimidade e conhecimento a respeito da participação destes produtos no processo produtivo. Assim, a autuação não pode ser lastreada em meras informações, que sequer foram formalizadas no processo, não podendo a empresa ser acusada e apenada sem a devida produção da prova, como lhe assegura o RPAF/99. Além disso, compulsando os autos do processo administrativo fiscal, percebeu que não foi lavrado o competente Termo de Intimação para que a requerente, regularmente, apresentasse seus esclarecimentos sobre a utilização do Óleo de Mamona Hidrogenado e o Óleo de Silicone Fluido CS no seu parque industrial.

Nesta esteira de raciocínio, considera ser improcedente a autuação desses produtos, especialmente considerando o princípio constitucional da estrita legalidade e o disposto no art. 18 do RPAF, pois não há segurança, indispensável para a constituição da exigência fiscal.

Além dos documentos anteriormente apresentados, que evidenciam que os produtos objeto da autuação são utilizados como matéria prima na fabricação de plásticos, cumpre destacar que o Óleo De Mamona Hidrogenado, adquirido pela requerente era sólido (estado físico), já que adquiridos em “flocos ou moído”, pelo que é inconcebível a sua utilização como óleo de lubrificação de equipamento industrial.

Como forma de ratificar que tais produtos são utilizados como matéria prima no processo produtivo de plásticos, apresenta cópia do descriptivo de utilização do óleo de mamona na indústria de plásticos da Aboissa Óleos Vegetais, onde claramente verifica-se que o seu uso em nada converge à lubrificação de equipamentos. Requer seja consultado a BOM Brasil Óleo de Mamona, empresa fornecedora do referido insumo, localizada na Rua Voluntário da Pátria 2671, Salvador, Bahia. Pede a improcedência da acusação.

O autuante, ao ser cientificado do resultado da diligencia não se manifestou.

VOTO

O autuado, em sua peça de defesa, suscitou a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorridos no período relativo ao período de janeiro a julho de 2000, sob o argumento de que “o lançamento é feito por homologação mensal de acordo com o fato gerador”, acorde as Decisões judiciais que transcreveu.

Ocorre que, embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, é aceito, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto ocorreram no período relativo ao exercício de 2000 e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/05. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 17/08/05, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o Auto de Infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

O entendimento acima descrito é aquele manifestado reiteradamente por este CONSEF, consoante os inúmeros acórdãos até esta data prolatados, dentre os quais podemos transcrever alguns:

1. Acórdão CJF nº 0274-12/02, com voto da lavra do Conselheiro Sr. Ciro Roberto Seifert:

(...)

Na segunda alegação preliminar, foi trazido o argumento que, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 30/04/2001, só poderia tratar dos impostos cujos fatos geradores ocorreram após o dia 30 de abril de 1996, em razão da extinção dos créditos tributários relativos aos fatos geradores anteriores, por decadência, visto que o prazo de 5 (cinco) anos para que o sujeito ativo realizasse o ato homologatório de lançamento do crédito tributário, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, já teria expirado.

Tal dispositivo do CTN determina que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Ocorre que o art. 173, I, do mesmo CTN, preconiza que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, significa dizer lançamento de ofício, como é o caso do Auto de Infração, extinguindo-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Desta forma, está claro que não se operou a decadência do período anterior a 30 de abril de 1996, como pretendeu fazer crer o recorrente.

2. Acórdão CJF nº 0150-12/02 – voto vencedor da lavra da Conselheira Sra. Ivone de Oliveira Martins:

(...)

Relativamente à 3ª preliminar que argüi a decadência do direito ao crédito tributário relativo ao exercício de 1995, sendo a mesma preliminar de mérito, também não comungo do entendimento do Ilustre Relator que concordou com as razões apresentadas pelo recorrente.

Trata-se de matéria que não sendo pacífica na doutrina e no âmbito deste CONSEF também tem havido divergências de interpretação acerca do prazo decadencial regulado no art. 173, I, do CTN (Lei nº 5.172/66).

Tem sido tormentoso a distinção que se faz quanto a fixação do prazo de decadência do direito ao lançamento dos tributos por homologação e os que decorrem do lançamento prévio por parte do sujeito ativo ou seja do titular do crédito tributário. Assim há uma corrente que defende a aplicação da regra do § 4º, do art. 150, e, outra corrente entende que prevalece a regra do art. 173 e seu parágrafo único, da CTN, com a ciência do autuado como entendeu o Relator.

*Segundo Hugo de Brito Machado na sua obra *Curso de Direito Tributário*, 13ª edição, pág. 148 - O Tribunal Federal de Recursos, seguindo orientação proposta pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, e o STF acolhendo proposta do Ministro Moreira Alves, fixaram entendimento pelo qual o Auto de Infração consuma o lançamento tributário, não se havendo mais, depois de sua lavratura, de cogitar de decadência.*

A manifestação da PROFAZ no Parecer exarado nos autos, trata com muito propriedade da questão relativa a intimação do sujeito passivo como sendo condição necessária à perfeição do ato e visa resguardar os princípios do contraditório e ampla defesa, assegurados na carta constitucional – art. 5º, inciso LV, e deixa demonstrado que a intimação não pode ser considerada marco final da decadência. Comungo do entendimento de que a regra do parágrafo único do art. 173, é pressuposto de eficácia do ato de lançamento.

Sem dúvida a fiscalização iniciada em 13/10/2000 e concluída em 29/12/2000, com a lavratura do Auto de Infração em questão, afasta a argüição de decadência, vez que o sujeito ativo exerceu o seu direito de através do lançamento constituir o crédito tributário no prazo decadencial.

A decisão jurisprudencial trazida à colação no Parecer acima referido, reflete a posição do STJ (Superior Tribunal de Justiça) acerca da questão posta no presente caso, onde efetivamente houve a iniciativa do sujeito ativo de apurar o débito e exigí-lo com a lavratura do Auto de Infração, o que afasta o argumento da decadência suscitada pelo recorrente e acolhida pelo Relator, que com a devida verba, está equivocada.

Deste modo, rejeito a argüição da preliminar e voto pelo NÃO PROVIMENTO pois entendo que as razões recursais não merecem agasalho por este Tribunal Administrativo, pois assim estará em consonância com o entendimento jurisprudencial dos Tribunais Superiores acima referidos.

3. Acórdão CJF nº 0260-11/02, com voto exarado pelo Conselheiro Relator Sr. Tolstoi Nolasco Seara:

Inicialmente cumpre afastar a preliminar de decadência suscitada pelo recorrente. Aplica-se ao caso, a norma do art. 173, inc. I, do CTN, pois o prazo decadencial só se inicia no primeiro dia do exercício seguinte a ocorrência dos fatos geradores, em relação ao imposto que não foi declarado pelo sujeito passivo. Na presente lide, o contribuinte não declarou nem praticou quaisquer atos relacionados à escrituração ou lançamento do imposto para o Estado da Bahia. (...) A decadência é forma de extinção de direito daquele que não realiza os atos necessários à sua preservação, face à inércia do seu titular. Opera-se a decadência após o decurso de certo prazo, previsto na lei. O ICMS é imposto lançado por homologação que pressupõe atividade anterior, desenvolvida pelo sujeito passivo, no sentido de calcular o tributo devido e antecipar o pagamento sob condição de posterior revisão pela autoridade administrativa. Não tendo o contribuinte antecipado o pagamento devido, nem expressa nem tacitamente dar-se-á a homologação. Nesse caso, então, terá lugar o

lançamento de ofício disciplinado no art. 149, do CTN, conforme leciona a Profª MISABEL DERZI, em nota de atualização, ao livro Direito Tributário Brasileiro, de autoria de ALIOMAR BALEIRO, 11ª edição, ano de 2000, Editora Forense, Rio de Janeiro, pág. 912. A conduta do contribuinte em relação às operações objeto do Auto de Infração não foi no sentido (de) cumprir a obrigação tributária para o Estado da Bahia e nem mesmo de comunicar a ocorrência dos fatos que ensejaram o posterior lançamento. Somente por ocasião de fiscalização desenvolvida no contribuinte (...) se operou o total conhecimento das operações praticadas pelo recorrente. Assim, a inexistência de pagamento de tributo que deveria ter sido lançado por homologação, ou a prática de dolo, fraude ou simulação por parte do sujeito passivo ensejam a prática do lançamento de ofício - são situações que se equivalem. Inaplicável se torna, portanto, a forma de contagem disciplinada no art. 150, § 4º, do CTN, própria para a homologação tácita do pagamento (se existente). Ao lançamento de ofício aplica-se a norma do art. 173, inc. I. Nesse sentido se posiciona a doutrina majoritária (cf. Luciano Amaro, Direito Tributário Brasileiro, São Paulo, Ed. Saraiva, pp. 383-384; Paulo de Barros Carvalho, Decadência e Prescrição, Caderno de Pesquisas Tributárias, nº 1, Resenha Tributária, 1976, p. 156) e a jurisprudência dos tribunais superiores e do Conselho Estadual de Fazenda da Bahia. Só para exemplificar, o antigo Tribunal Federal de Recursos fez editar a Súmula nº 219, citada também pela profª MISABEL DERZI, com o seguinte teor: “Não havendo antecipação de pagamento, o direito de constituir o crédito previdenciário extingue-se decorridos 5 (cinco) anos do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorreu o fato gerador”.

Assim, entendo ser procedente os lançamentos das infrações referentes ao período de janeiro a julho de 2000, impugnadas pelo contribuinte, em razão da alegação de decadência.

No mérito, o contribuinte reconheceu integralmente as infrações 04, 06 e 07, razão porque me abstendo de comentá-las, não havendo lide relativa às mesmas.

A Infração 01 decorreu da utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, materiais de consumo, empregados no tratamento de água, conforme planilha de fls 36 a 41 do PAF. Trata-se de produtos tais como Nalco, Hipoclorito de Sódio

Constato que os produtos cujo crédito fiscal foi glosado, por serem utilizados no tratamento de água não participam do processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição. Infração mantida.

Na infração 02, relativa à falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Materiais de consumo utilizados no tratamento de água, tais como Nalco e Hipoclorito De Sódio.

Este item está correlacionado com o item precedente, e como as mercadorias foram adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, é devido o pagamento da diferença de alíquotas, conforme previsto no artigo 5º, inciso I, do RICMS/97. Infração mantida.

A infração 3 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, na aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, empregados no tratamento de efluentes, conforme Anexo 03, de fls. 42 a 46. Trata-se de Soda Cáustica Líquida e Soda Cáustica em Escamas, e como não participam de processo de fabricação como elementos integrantes do produto final e indispensáveis à sua composição, a infração deve ser mantida.

Na infração 05, está sendo exigido o ICMS relativo saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus, com benefício de isenção do imposto, pois não há comprovação do internamento por parte da SUFRAMA.

Os autuantes verificaram que os produtos relacionados no Anexo 5, de fls. 113 a 115, foram entregues em locais diversos. A empresa em sua peça de defesa relaciona as notas fiscais nºs 67, 4686, 503, 518, 4817, 553, 4909, 571, 606, 4961, 4989, 728, 5075, 5123, 869, 923, 5295, 5296, 5399, 2199, cujas comprovações de internamentos, na Zona franca de Manaus, foram acatadas pelos autuantes, que elaboraram novos demonstrativos às fls. 523 a 525, com os valores remanescentes.

Assim, o demonstrativo de débito passa a ter a seguinte configuração, conforme planilha de fls. 23 a 525:

Data Ocorr	Data Venc	Base de cálculo	Alíquota	Multa	ICMS
31/03/00	09/04/00		17		1.203,60
31/10/00	09/11/00		17		629,00
31/12/00	09/01/01		17		12.343,36
31/01/01	09/02/01		17		62,83
28/02/01	09/03/01		17		15.730,10
30/04/01	09/05/01		17		1.417,46
31/05/01	09/06/01		17		7.176,65
30/07/01	09/08/01		17		87,20
31/09/01	09/10/01		17		1.077,38
31/11/01	09/12/01		17		127,50
31/01/02	09/02/02		17		35,53
28/02/02	09/03/02		17		4.258,81
31/03/02	09/04/02		17		2.615,79
31/07/02	09/08/02		17		144,19
31/10/02	09/11/02		17		8.243,45
30/12/02	09/01/03		17		7.930,62
Total					63.083,47

A infração 08, refere-se à falta de recolhimento do ICMS 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 Anexo 08 de fls. 192 a 226 do PAF. O contribuinte reconheceu a infração no período posterior a 31/07/2000. Infração mantida.

Na infração 09, inicialmente o autuado reconhece a exigência fiscal, relativa às notas fiscais 104004, 37015 e 38226, nos valores de R\$ 11,81, R\$ 171,33; R\$ 216,83, referentes a cadeira giratória e material auxiliar de produção. Nesta infração, os autuantes entenderam que o Óleo de Mamona Hidrogenado e o Óleo de Silicone 200 Fluído 1000 CS, eram utilizados para lubrificação do equipamento industrial da impugnante, mas não verificaram “in loco” o processo produtivo da impugnante, baseando-se em informações obtidas por funcionários, que supostamente participavam da produção.

A contrário sensu, a defesa assevera que o Óleo de Mamona Hidrogenado era utilizado como matéria prima do produto CYCOGEL, produzido à época. Já o Óleo de Silicone 200 Fluido 1000 CS, era utilizado como matéria prima do CYOGEL AMF-25245 e do LUSTRAN, também produzidos à época pelo impugnante.

Visando comprovar essa assertiva, o autuado apresentou a composição dos produtos CYCOGEL e LUSTRAN, na tentativa de evidenciar, inequivocadamente, a utilização do Óleo de Mamona Hidrogenado e do Óleo de Silicone 200 Fluído CS, como insumos do seu processo produtivo. Esclareceu, ainda, que na indústria plástica (ramo de sua atividade), a função básica dos referidos óleos é a lubrificação do plástico, integrando-se ao produto final. Sem estes insumos, esclarece que o produto final não seria maleável e racharia, perdendo as suas características essenciais.

Convém ressaltar que em vista da controvérsia, o processo foi diligenciado à inspetoria de origem, tendo auditor fiscal estranho ao feito respondido quanto à utilização do Óleo de Mamona Hidrogenado e do Óleo de Silicone 200 fluido 1000 CS, da seguinte forma:

“....Uma verificação “in loco” do consumo dos aditivos Óleo de Mamona e Óleo de Silicone não seriam mais possível, devido ao fato de não mais existir a elaboração dos produtos CYCOGEL e LUSTRAN, gerados a partir deles e de outros insumos/matérias primas. A resina Lustran passaria a ser produzida a partir de março ou abril do corrente ano, a aí se poderia verificar na prática se ao menos o silicone é usado como insumo.”

“Conversei com um colega que tem conhecimentos técnicos sobre essa área de trabalho com resinas poliméricas para obtenção de materiais plásticos. Ele consultou alguns manuais que indicavam a possibilidade de uso dos óleos de mamona e de silicone como insumos que se agregam aos produtos finais (resinas) para lhes dar maior maleabilidade. Porém não poderia afirmar que eles foram usados pela autuada com esse fim.”

O diligente ainda conclui que:

“Diante dos fatos apresentados, posso dizer que existe a possibilidade de uso desses óleos, como insumos que se agregam ao produto final, em processos produtivos em que se transformam resinas poliméricas em formas mais adequadas ao uso final, ou seja, em plásticos de engenharia.

Outra possibilidade seria a de uso em parte como insumo e parte como lubrificante de peças e equipamentos – informação obtida pelos autuantes.

Contudo, não há como precisar, tecnicamente, diante dos elementos de provas disponíveis, serem verdadeiras as assertivas acima mencionadas, ou seja, afirmar com segurança que os óleos de mamona e de silicone são utilizados como insumo, mesmo que parcialmente para a fabricação das resinas poliméricas CYCOGEL e Lustran e a elas se incorporam”.

Ademais, cabe salientar que foi juntado aos autos, pelo defendant, documentos que exibem o óleo de mamona hidrogenado com a apresentação em flocos ou moído, com máximo de 2 mm de granulometria (docs. Fls. 634 a 637), produto que segundo a empresa autuada não se prestaria para a lubrificação de máquinas e equipamentos.

Diante das assertivas acima, considero que a acusação está permeada de insegurança, e não tendo sido comprovado que tais produtos foram utilizados exclusivamente na lubrificação de equipamentos, como entenderam os autuantes, voto pela nulidade deste item da autuação, na parte relativa a tais produtos, remanescente R\$ 11,81, R\$ 11,56, R\$ 171,33; R\$ 216,83, referentes a cadeira giratória e material auxiliar de produção. Infração parcialmente procedente.

Na infração 10, interligada com a infração anterior, entendo que devem remanescer os valores relativos à cadeira giratória e material auxiliar de produção, de R\$ 16,51, R\$ 38,40; R\$ 244,75; e R\$ 309,76, sendo nula a cobrança relativa aos produtos óleo de mamona e óleo de silicone. Infração parcialmente procedente.

Na infração 11, a empresa foi autuada pela falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação.

A defesa apresenta os Registros de Exportação, das notas fiscais, 5037, 5040, 5066, 5406, 5718, 5926, 6424, 6740, 6973, o que reduz os valores originariamente exigidos, conforme reconhecido pelos autuantes. Posteriormente apresentou o Registro de Exportação nº 01/480272-001, referente à Nota fiscal nº 3765, às fls.602 a 607.

Assim, o demonstrativo de falta de recolhimento de ICMS, remanescente passa a ser de R\$ 558,15, relativo à nota fiscal nº 14.764, conforme Anexo 10 de fl. 527. Infração parcialmente procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299314.0001/05-9, lavrado contra **LANXESS INDÚSTRIA DE PRODUTOS QUÍMICOS E PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$281.889,78**, sendo R\$37.348,17, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$244.541,61, acrescido de idêntica multa, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão 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, 07 de março de 2006

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR