

A. I. Nº - 269194.0021/05-9
AUTUADO - GRIFFIN BRASIL LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOZA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP METRO
INTERNET - 29. 03. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-04/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE DIVERSO NO DOCUMENTO. Infração caracterizada. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a materiais de uso e consumo. Infração caracterizada. c) 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. Infração 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 não caracterizada. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. 5. 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. 6. 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. Tais diferenças constituem comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível, contudo, foi refeito o levantamento de estoques para retificar os equívocos cometidos, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Infrações parcialmente caracterizadas. Este órgão julgador não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária baiana. Rejeitadas as preliminares de nulidade e o pedido de

diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.
Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi 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 diverso 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 às 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, folhas 199/222, impugnou parcialmente o lançamento tributário inicialmente reconhecendo a procedência das infrações 1, 5, 6, 7 e 8, informando que irá providenciar o pagamento.

Em relação a infração 02, esclareceu que a defesa deste item refere-se exclusivamente a 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 de gases 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 do produto, 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 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 87/96 que servem de fundamento de validade para todas as legislações inferiores.

Relativamente a infração 03, sustenta que é parcialmente improcedente esta acusação pelos mesmos fatos já expostos na infração 02.

Quanto a infração 04, aduz que a presente infração correspondente 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 presente 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 se possibilitar o efetivo pagamento do débito tributário em questão, de forma a não onerar injusta e demasiadamente a contribuinte.

No tocante a infração 09, argumenta que o programa Befiex, Dec. 2.433/88, tem por finalidade o incremento das exportações mediante compromissos firmados pela união e às 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 destas empresas, conforme o 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 a 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 refere a importação do produto ODCB, mais uma vez, equivoca-se o autuante, haja vista que o art. 8º, inciso II, do Dec. 2433/88, prevê expressamente a isenção ou redução (hipótese utilizada pelo autuado) dos impostos resultantes da importação da matéria primas, 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 as 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 erros 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) estabelecimentos 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 JJF Nº 0362/01-03, que acatou sua tese.

Reitera que, considerando às 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 realizados 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 nº 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, 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 3560, 216, 1218 e 220, o que totalizam 4 toneladas, que na realidade não poderiam ser consideradas haja vista que tais Notas Fiscais de complemento e, a quantidade informada nestas notas é utilizadas 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 01, 05, 06, 07 e 08.

No tocante a infração 02, saliente 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 a infração 03, informa que é decorrente da infração 02.

Relativamente a infração 04, saliente 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 constante à folha 41, não existindo qualquer obscuridade na forma em que foram apresentados os dados, nem tampouco na sua forma de cálculo.

Relativamente a infração 09, 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 esta infração:

1. DI 4174130 – não houve comprovação do pagamento do ICMS devido;
2. Para as DI's 3431970, 6370025 e 9406373 – befiflex indevido – sem comprovação de que o programa befiflex foram autorizado até 31/12/1989;
3. Para as DI's 5139656, 8932829 e 9645831 – befiflex 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 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 BEFIEEX, 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 BEFIEEX 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 BEFIEEX, porém, de matéria prima (ODCB). Apesar de haver previsão no Decreto-Lei 2433/88, desse benefício ser estendido a importação de matéria primas, 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\$, adicionada 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. Comparasse esse valor com o que foi recolhido e obtendo a diferença devida, não havendo qualquer dúvida quanto a 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 tíquete 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 JJF 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 287 e 192 anexadas pela defesa, informa que acata. Entretanto, as Notas Fiscais 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 trata-se 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 a infração 02, reitera seus argumentos apresentados na defesa anterior.

Quanto a infração 03, reitera que todos os produtos listado são produtos intermediário, fora da respectiva cobrança do diferencial de alíquota.

No tocante a infração 04, reitera o pedido para revisão do valor devido, entendendo que o indeferimento implica em cerceamento do direito de defesa.

No que se refere a infração 09, 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 a 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 as infrações 10 e 11, além de reitera 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 nºs. 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.

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 01, 05, 06, 07 e 08. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando caracterizadas.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita às acusações 02, 03, 04, 09, 10 e 11, consignadas no Auto de Infração, as quais passo a analisar.

Inicialmente, em relação a 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 os 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 a 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 encontra-se 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 a inconstitucionalidade a mesma já foi objeto de pronunciamento no início deste voto.

Quanto ao Acórdão 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 utilizada 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 tratarem-se 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 encontra-se 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 03, 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 a 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 04, 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 as operações realizadas por empresas, com base no programa BEFIEIX, 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, ao verificar a referida planilha, constatei que encontram-se discriminadas todas as parcelas componente da base de 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 BEFIEIX, porém, se trata de importação de matéria prima. Apesar de haver previsão no Decreto-Lei 2433/88, desse benefício ser estendido a importação de matéria primas, essa possibilidade não foi incorporada pelo Convênio 130/94, nem, em conseqüência, pelo RICMS/97.

Relativamente as DI's 3431970, 6370025, 9406373 e 108506538, a utilização do benefício fiscal BEFIEIX é condicionada a que as operações tenham sido aprovadas até 31/12/1989, fato não provado pelo autuado. Com 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 às 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 independente 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 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,

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269194.0021/05-9, lavrado contra **GRIFFIN BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.746.061,37**, sendo R\$624.888,51, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, “e”, “f”, VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$1.121.172,86, acrescido das multas de 60% sobre R\$464.324,37 e 70% sobre R\$656.848,49, previstas no art. 42, II, “a” “b” “e” “f”, VII, “a” e “b”, e III, da mesma lei, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR