

A. I. N° - 271330.0002/05-7
AUTUADO - METANOR S/A METANOL DO NORDESTE
AUTUANTE - JORGE VICTOR GRAVE
ORIGEM - IFEP DAT/METRO
INTERNET - 01/06/06

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0179-03/06

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PESSOAL NÃO VINCULADO A PRODUÇÃO. Infração reconhecida. **b)** MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. Documento fiscal juntado ao processo comprova operação de devolução sem que tenha havido retorno da mercadoria. Infração não elidida. **c)** MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Restou comprovado que se trata de aquisição de bens destinados à manutenção do ativo imobilizado. Infração caracterizada. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Nas operações interestaduais a alíquota aplicável é de 12%. Restou caracterizado que se trata de operações de saídas definitiva do estabelecimento e não de operações de devolução, o que ensejaria a aplicação da mesma alíquota que onerou a operação anterior. Infração não elidida. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS RELATIVO A COMPRAS EM OUTROS ESTADOS DE BENS DE CONSUMO. Infração reconhecida. 4. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Infração não defendida. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR NÃO INSCRITO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. A lei atribui ao contratante de serviço de transporte prestado por autônomo a condição de sujeito passivo por substituição, sendo o contratante inscrito na condição de contribuinte normal. Infração parcialmente caracterizada. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Diligência fiscal por estranho ao feito refez os cálculos e reduziu o débito. Pedido de nulidade não acatado, por falta de embasamento legal. Indeferido o pedido para realização de perícia fiscal.

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

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/04/2005, exige ICMS no valor de R\$233.760,80, acrescido das multas de 60%, 70% e 150%, em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado ao processo de industrialização, produção, agropecuária, geração ou extração, que resulte em operações de saídas tributadas. Consta, no campo da descrição dos fatos, que foi apropriado utilizados o crédito fiscal de ICMS em operação de transporte de pessoal, com valor de R\$1.205,77.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado. Consta, no campo da descrição dos fatos, que foi apropriado indevidamente crédito fiscal de ICMS sobre nota fiscal de devolução de preço, sem a circulação de mercadoria, com valor de R\$1.014,27.
03. Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por erro na aplicação na alíquota de saídas interestaduais de bens fungíveis, com valor de R\$11.257,96.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, utilizado no tratamento de água, com valor de R\$4.239,33.
05. Deixou de recolher o 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, com valor de R\$3.417,59.
06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, indevidamente classificados como ativo, com valor de R\$10.737,24.
07. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo nas prestações de serviços de transportes rodoviário. Consta, na descrição dos fatos que se refere a prestação de serviço de transporte pessoal, devido a falta de inclusão na base de cálculo dos valores de prestações das locadoras quando de serviço intermunicipal, com valor de R\$273,87.
08. Deixou de recolher ICMS em razão de prestação de serviço de transporte tributada como não tributada, regularmente escriturada. Consta, na descrição dos fatos que se refere à substituição tributária nos serviços de frete tomados em operações interestaduais, na forma dos art. 380 e 382 do RICMS/BA, com valor de R\$82.433,40.
09. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, com valor de R\$119.181,37.

O autuado apresentou defesa às fls. 155 a 180, por meio de Advogados legalmente constituídos (fl. 182) inicialmente discorre sobre as infrações e diz que as infrações de nº 01, 04, 05 e 07 e parte da infração 06, foram devidamente quitadas, conforme demonstrativo de débito e cópia do DAE acostados às fl. 189 e 190.

No que se refere à infração 02, utilização indevida de crédito fiscal, afirma que a Merck S/A Indústria Química adquiriu metanol de sua produção através de diversas notas fiscais (fl. 158) e

que em face de um reajuste de preço aplicado resultou em base de cálculo e ICMS maior que o devido, conforme documento 03 (191 a 212), tendo a Meck S/A emitido a nota de devolução de vendas de nº 3721 (fl. 212) "onde consta a indicação de quantia paga e maior de R\$8.452,29 com o respectivo imposto de R\$1.014,27".

Aduz que a nota fiscal foi emitida para ajustar ao valor real da operação, com procedimento similar a de vendas em consignação prevista no art. 409 do RICMS/BA e que não se pode impedir que a empresa faça uso do crédito da operação na forma que ocorreu.

Quanto à infração 03, erro na aplicação da alíquota, diz que recebeu a título de empréstimo da Prosint Química S/A, catalisadores de óxido de zinco e 492,10 ton de metanol através de diversas notas fiscais que relacionou à fl. 160 e juntou as cópias às fls. 214 a 217. Diz que devolveu as mercadorias através das notas fiscais de nº 2751 e 2702 (fl. 217) e grafou nas mesmas a alíquota de 7%, que no seu entendimento, em se tratando de devolução deveria aplicar a mesma alíquota de origem.

Alega que não procede a cobrança de 5% da diferença de 7% para 12%, tendo em vista que se tratando de devolução de mercadorias, deve ser aplicada a mesma alíquota de origem conforme disposto no art. 651, § único do RICMS/BA, que transcreveu às fls. 160 e 161 e não a alíquota interestadual como quer o autuante.

Diz que não pode ser desconfigurada a operação de empréstimo por se tratar de bens fungíveis, tendo em vista que o Regulamento do ICMS não estabelece nenhuma distinção. Transcreveu o art. 85 do Código Civil e disse que não havendo incidência do ICMS de diferença de alíquota sobre esta operação, não causou nenhum prejuízo ao Erário Público.

No que tange à infração 06, uso indevido de crédito fiscal de bens do ativo imobilizado, diz que reconheceu parte da infração, tendo em vista que verificou que alguns bens do ativo imobilizado não geram direito ao crédito. Diz que o problema reside na dificuldade de identificação dos bens adquiridos (destinados ao imobilizado, investimentos e diferido), que foram usados na ampliação da manutenção de linhas (tubos, luvas, válvulas, dentre outros) e localizados em outras empresas do Polo Petroquímico. Apresentou um demonstrativo à fl. 219 para evidenciar a aplicação desses recursos.

Transcreveu à fl. 166 o art. 21 do pronunciamento do Instituto do Auditores Independentes (IBRACON) e disse que nos termos do art. 20 da LC 87/96 tem direito ao crédito fiscal, dos bens do ativo permanente e também das peças e partes utilizados na construção/manutenção.

Transcreveu a Consulta nº 129/98 a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo relativo ao crédito fiscal de bens do ativo e diz que é lícito e certo a apropriação do crédito fiscal o que descaracteriza a infração no seu entendimento.

No que se refere à infração 08, substituição tributária de serviço de transporte, diz que não procede tendo em vista que se trata de transporte rodoviário de álcool metílico da empresa PVP, sediada no Estado do Piauí, cujo serviço de transporte rodoviário de carga de operações repetidas é devido o ICMS pelo tomador do serviço que é o remetente (PVP), conforme disposto no art. 382 do RICMS/97, que transcreveu à fl. 168.

Afirma que as operações de frete foram a preço CIF, e não tendo o remetente procedido a retenção do ICMS sobre transportes, não pode recair sobre o destinatário. E que mesmo assim, a transportadora fez o recolhimento do ICMS destas operações.

Com relação às remessas de álcool metílico ao estabelecimento da Copenor em Sorocaba, diz que mesmo que não tenha destacado o ICMS substituto do frete nas notas fiscais, fez constar nas mesmas que o frete era por conta do emitente.

Diz que, dado o grande número de notas fiscais e documentos que estão em posse de transportadoras, não foi possível apresentar os comprovantes da realização do transporte e do pagamento. Pediu que fosse dilatado o prazo para apresentação dos documentos comprobatórios para provar a inexistência de ICMS a recolher sobre estas operações.

Afirma que, tendo apurado e recolhido o ICMS de fretes destas operações, fez a apropriação do crédito fiscal, em conformidade com o art. 382, I, "c", 5 do RICMS/97 e pede que esta infração seja julgada improcedente.

Em relação à infração 09, omissão de entrada de 1.094,169 ton apurada com base em levantamento quantitativo de estoque, preliminarmente teceu comentários sobre o controle dos estoques e disse que no caso em análise, efetuou empréstimo às empresas Sinteko e Brasken (Copene), sendo que "a fiscalização achou por bem acrescer ao estoque final registrado na fábrica a exata quantidade de produto que se encontrava em poder dessas Companhias, qual seja 1.099,938 ton, conforme anotação constante do Livro de Registro de Inventário em 31 de dezembro de 2002".

Afirma que os empréstimos foram realizados no exercício de 2002 e não foram devolvidos no mesmo exercício, tendo em vista que o faturamento só ocorreu no ano de 2003, tendo escriturado no fim do ano de 2002 os seguintes estoques:

a) Estoque na fábrica	2.600,934 t
b) Estoque em poder de terceiros	1.099,938 t
Estoque final escriturado	3.700,874 t

Alega que o autuante se equivocou ao contabilizar as saídas a título de empréstimo e ao mesmo tempo considerar a mesma quantidade como estocada na fábrica, quando deveria considerar como estoque apenas o que existia na fábrica.

Diz que ultrapassado a esta discussão sobre o estoque em poder de terceiros, resta uma diferença de 5,769 ton que decorre de:

- quebra de produto emprestado a Copene, tendo remetido 1.000.000 ton e retornado 998,150 ton;
- diferenças de decimais entre o levantamento da empresa e o da fiscalização;
- saídas de amostra grátis;
- ajuste de inventário da quebra normal de produção.

Teceu comentários sobre estes fatos, às fls. 174 e 175, ressaltando que não são relevantes.

Ressaltou que as remessas para amostra grátis são isentas, conforme disposto no art. 16 do RICMS/97 e que a diferença de 4,120 ton decorrente de ajuste de inventário por força de perda normais de produção que ocorre por uma infinidade de fatores, além da evaporação. Afirma que a regularização contábil dessas ineficiências, quebras e perdas, consiste no lançamento ao custo normal de produção sempre que forem normais e inerentes ao processo produtivo ou diretamente no resultado do período quando esporádicas ou anormais.

Alega que tais perdas não podem ser consideradas como omissão de saída para gerar impostos para o fisco estadual, e que deve ser considerada totalmente improcedente a infração 09.

Requer que seja feito uma perícia na documentação fiscal e na armazenagem de seus produtos para emitir parecer final sobre a questão, indicando como assistente técnico o Sr. Emanuel Alberto Nunes de Almeida, tendo indicado o endereço à fl. 179, e ainda, apresentado diversos quesitos a serem respondidos na perícia requerida.

Por fim, requer a improcedência total da autuação, protesta ainda, provar o alegado por todos os meios de prova admitidos e em especial a juntada de novos documentos e a realização de perícia, na forma requerida.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 311 a 325, inicialmente discorreu sobre a defesa e disse que antes de adentrar ao mérito cabe fazer algumas considerações que passou a indicar:

- a) Que a perícia e diligência requisitadas pelo autuado são desnecessárias tendo em vista que as mesmas devem ser realizada para trazer provas documentais, que neste caso já se encontra nos autos.
- b) Que a impugnação parcial tendo sido apresentada no 30º dia após a ciência da autuação, consumou-se a “preclusão consumativa” em relação aos documentos fiscais de que não houve impugnação;
- c) Comenta a desnecessidade de reabertura de prazo processual em caso de “simples citação ou mesmo a transcrição de artigo de lei”;
- d) Que há distinção entre os valores recolhidos relativos a parte reconhecida pelo autuado e os apresentados na planilha, devendo ser exigida a parte complementar.

Adentrando ao mérito, em relação à infração 02, utilização indevida de crédito fiscal do ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, diz que o contribuinte poderia corrigir o erro sem afrontar a legislação, mas que da forma como procedeu concedeu um desconto incondicional de operação praticada anteriormente o que caracteriza a infração.

No que se refere à infração 03, erro na aplicação da alíquota, afirma que ao entregar bens fungíveis a terceiros (metanol e catalizador) os mesmos foram consumidos, tendo ocorrido a transferência de sua posse e da propriedade, o que descaracteriza a classificação dada pelo contribuinte de operação de empréstimo e devolução, nos termos do art. 1268 do Código Civil (CC). Transcreveu à fl. 316 os art. 586 e 587 do CC para demonstrar que pela natureza jurídica ocorreu um contrato de mútuo firmado entre o autuado e a empresa Prosint e que dessa forma ocorreu uma saída de mercadoria tributável do primeiro estabelecimento e destinado ao segundo, consequentemente também o fato gerador do ICMS nos termos do art. 1º, I da Lei 7.014/96.

Diz que a operação praticada entre o autuado e a empresa Prosint, não pode ser caracterizada como uma “devolução”, tendo em vista que nesta operação ocorre uma desfazimento da operação anterior, na forma que está regulada (art. 651 do RICMS/BA) e que não existindo previsão regulamentar de aplicação de alíquota de 7% em operações de saída de mercadorias destinadas a outros Estados, a alíquota a ser aplicada na operação é a de 12%.

Afirma que esta operação de “emprestimo” de mercadorias é muito comum entre empresas do mesmo ramo produtivo, mas que as “devoluções de empréstimos” das mercadorias se caracterizam como operações autônomas que nada tem a ver com as mercadorias da operação anterior, ocorrendo o fato gerador do ICMS.

Assevera que este é o entendimento da DITRI, conforme Parecer Gecot 7427/2003 e o mesmo entendimento por parte do CONSEF, conforme decisões proferidas nos Acórdãos da CJF nº 039-11/04 e JJF 0255-4/02.

Diz que se esta argumentação for insuficiente para provar que não se trata de uma devolução, devem ser analisados os documentos juntados às fls. 214 a 217 para verificar que entre a primeira e a segunda operação, há divergências entre o valor unitário e as quantidades, além de que não existe indicação do meio de transporte e do transportador, não havendo circulação de mercadoria o que no seu entendimento configura um contrato de mútuo.

Quanto à infração 06, utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material de uso e consumo, diz que o autuado confessa que se “apropriou de créditos de material de uso consumo adquiridos com o fim de reposição de peças em manutenção”, destinados a manutenção de linhas de proteção de incêndio, que não é sua atividade fim e que é vedado pela LC 87/96 até o ano de 2007.

Afirma que não deve ser levada em consideração a consulta formulada a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, tendo em vista que a Bahia possui legislação própria.

Alega que o seu entendimento se coaduna com o do CONSEF, conforme decisão o Acórdão CJF 0202-12/04, cuja ementa transcreveu à fl. 320, bem como decisões do STF de 23/09/03 do AI 38.987 Agr/RS e RE 4176 Agr/SP. Diz que não resta dúvida quanto o acerto da autuação e que deve ser mantida integralmente.

No que tange à infração 08, falta de recolhimento do ICMS relativo à prestação de serviço de transporte, afirma que a legislação é bastante clara (art. 380 e 382 do RICMS/97) e que o autuado se apegou ao fato de não existir um contrato de prestação de serviço de transporte, mas que os demonstrativos por ele apresentados provam conforme Anexo G (fl. 19 a 25) que o autuado praticou operações repetidas com transportador do Estado do Piauí e de São Paulo, sem que tivesse sido feito o recolhimento do ICMS creditado, conforme documentos juntados às fls. 124 a 129. Afirma que juntou ao PAF a título de amostragem algumas notas fiscais para provar que o autuado foi o tomador do serviço (fl. 107 e seguintes).

Diz que, além de não ter efetuado os recolhimentos do ICMS, creditou-se do valor apurado o que constitui dupla infração.

Ressalta que o autuado alegou que o doc. 06 (fl. 220 a 224), foi juntado para provar suas alegações, mas que não apresentou nenhuma prova e sim cópia de um dos anexos do Auto de Infração.

Assevera que, apesar de intimada (fl. 148), o autuado não apresentou a documentação que poderia elidir a imputação e que deve ser mantido a autuação.

Relativo à infração 09, diz que seu levantamento foi efetuado com base nos dados coletados no livro do próprio autuado e não há como negar os números registrados no livro de Registro de Inventário. Afirma que a planilha apresentada pelo autuado à fl. 226 “os valores do estoque final de produto acabado não ‘batem’ com os valores apresentados” à fl. 98 “já que o estoque em poder de terceiros desapareceu na planilha do contribuinte”.

Diz que as operações de empréstimos remetem às mesmas discussões apresentada na infração 03, que se tratando de metanol é um bem fungível e consumível e não se presta a operação de empréstimo. Alega que o autuado pretende induzir o Julgador a erro, ao querer desconsiderar uma saída normal do produto de seu estabelecimento, tendo em vista que a mercadoria consumida pelo destinatário a título de empréstimo não mais existe e não pode ser considerada que se encontra em outro estabelecimento.

Diz que as notas fiscais de retorno de empréstimo à empresa Sinteko (fl. 131 e 132) não provam que houve retorno de empréstimo, tendo em vista que cada uma indica transporte rodoviário de mais de 190 ton cada e em se tratando do Estado de Minas Gerais, não há transporte naval e não pode ser viabilizado de uma só vez por transporte rodoviário.

Quanto às alegações em relação à diferença apontada na defesa de 5,769 ton, afirma que são inconsistentes, tendo feito as seguintes considerações:

- 1) A alegação do envio de 1.000 ton para a Copene com retorno de 998,15 ton não tem base em qualquer documento;

- 2) É irrelevante a diferença de 69 Kg relativo ao SAFA, que não foi se quer utilizado, em relação a omissão de mais de 1.000 ton apurada na infração;
- 3) Os 130 Kg relativo à saída por amostra grátil não pode ser desconsiderado da produção;
- 4) O ajuste de inventário não foi provado.
- 5) Que não deve ser considerada a cópia do Livro de Registro de Inventário manuscrito (fl. 224) tendo em vista que dispõe de autorização para escrituração eletrônica (fl. 149), e que devem ser consideradas as cópias apensadas às fls. 98 e 99.

Por fim, diz que não existe controvérsia ensejadora da realização de diligência ou perícia, mas se deferida, formula à fl. 324 diversos quesitos a serem respondidos pelos peritos ou diligentes, caso seja acatado o pedido do autuado.

Por fim, afirma que tendo demonstrado que as alegações defensivas são inconsistentes, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Esta Junta, decidiu converter o processo em diligência a ASTEC/CONSEF (fl. 332), para que:

- a) Em relação à infração 8, intimasse o autuado para apresentar os Conhecimentos de Transportes Rodoviários de Carga (CTRC), constantes do demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 19 e 20), verificasse com as notas fiscais das operações correspondentes aos serviços de transportes, se o tomador do serviço foi o impugnante e se foi feito o pagamento do ICMS relativo ao frete;
- b) No tocante à infração 9, intimasse o defendente para apresentar o Livro de Registro de Inventário original (SEPD) e verificasse se as notas fiscais de remessa de mercadorias a título de empréstimos foram escrituradas nos livros do remetente (autuado) e destinatário (Sinteko e Brasken);
- c) Ainda sobre a infração 9, intimar o autuado para comprovar as alegações acerca de amostra grátil, ajuste de inventário e diferença entre remessa e retorno da Brasken.

Em atendimento a diligência, foi exarado o parecer ASTEC nº 17/05 (fl. 336 a 338), no qual o diligente informou:

Em relação à infração 8, que as notas fiscais e CTRC não indicam quem é o tomador do serviço, apesar da declaração da empresa Mercotrans (fl. 379) de que as operações praticadas terem sido pela modalidade FOB e o imposto de sua responsabilidade. Diz que os únicos CTRCs relacionados pelo autuante que tiveram o ICMS pago estão indicados no demonstrativo acostado à fl. 340, tendo constatado que há diferenças entre o valor do imposto devido e o recolhido, tudo isso conforme o mencionado demonstrativo, tendo inclusive deduzido os valores efetivamente pagos pela empresa totalizando R\$1.051,71 no mês 11/02 e R\$4.468,52 no mês 12/02, consolidado no demonstrativo de débito acostado à fl. 359.

No tocante à infração 9, esclarece que em relação às mercadorias emprestadas a terceiros (álcool metílico), foi comprovado as devoluções por meio das notas fiscais, cujas cópias foram juntadas às fls. 260 a 302 e respectivas cópias dos livros onde foram lançadas, totalizando 1.099,938 toneladas, que corresponde ao somatório de 996,10 toneladas relativas às notas fiscais emitidas pela empresa Sinteko Produtos Químicos S/A e mais 103,838 toneladas constante das notas fiscais emitidas pela empresa Copene. Diz que constatou o retorno destas devoluções no exercício seguinte, sendo 996,10 toneladas pela NF 3605 e 3666 (abril/03) e 103,838 toneladas (outubro/03) pela nota fiscal 209674 (fl. 345), totalizando retorno de 1.099,938 toneladas do produto álcool metílico.

Conclui dizendo que, tendo as mercadorias saídas do estabelecimento autuado no exercício de 2002 e só retornado em 2003, e o autuante computado a saída e considerada também no estoque final de 2002, as quantidades emprestadas, refez a planilha elaborada pelo autuante, excluindo as saídas por empréstimos, o que resultou em omissão de saída de 5,77 toneladas.

Ressaltou que não foram consideradas as saídas destinadas à amostra grátis; ajuste de inventários e diferenças de remessa e retorno, tendo em vista que não foram apresentadas as provas requisitadas.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência e concedeu prazo de dez dias para se manifestar-se, caso quisesse, conforme documento juntado à fl. 501.

O defensor manifestou-se às fls. 516 a 525 e disse que em relação à infração 8, o diligente no seu parecer relacionou à fl. 340 os CTRCs efetivamente pagos e nos demais casos, conclui que os destinatários seriam os tomadores dos serviços. Entretanto, alega, que o levantamento fiscal foi feito com base nos arquivos magnéticos gerados a partir do programa Sintegra apresentado pela empresa, e não foi feito a análise dos CTRCs, que a seu ver, “são os únicos documentos idôneos para consecução do verdadeiro valor dos serviços de fretes pagos, e, por conseguinte, do ICMS devido”. Pondera que, os arquivos magnéticos compilam informações, nos quais as operações de saídas do produto contemplavam não só o valor do produto, mas o frete e outras despesas acessórias, não significando que “este foi o valor do frete efetivamente pago às transportadoras e objeto do ICMS perseguido pela fiscalização”. Diz que para saber o valor efetivo do frete pago às transportadoras, teria que ver os CTRCs, o que não foi feito pela fiscalização. Conclui que o lançamento da infração 8, foi feito com base em mera presunção e pede que seja declarado nula esta infração.

Em relação à infração 9, diz que parte da questão foi superada com o parecer da ASTEC, que constatou a veracidade das alegações quanto às saídas por empréstimos, mas que não foi considerada a exclusão do levantamento de 5,77 toneladas, que demonstrou não existir na defesa inicial. Reiterou os motivos apresentados na sua impugnação inicial, relativo a saídas a título de amostra grátis; ajuste de inventário; diferença no armazenamento (Tequimar) e diferença gerada com a utilização do programa SAFA, decorrente de utilização de casas decimais. Disse que se acolhidas, apesar da diferença ínfima, não restará qualquer omissão de saída e consequentemente, nenhum imposto devido. Transcreve parte do Acórdão CJF 290-11/04, cuja decisão foi favorável a defensor, relativo a infração similar a que ora se discute nesta autuação.

Conclui, pedindo que seja declarada nula a infração 8, totalmente improcedente a infração 9, bem como, seja julgado totalmente improcedente no final.

Instado a manifestar-se sobre o pronunciamento do impugnante, o autuante às fls. 534 a 537, comentou a ação fiscal, o pedido de diligência e disse que a JJF ao deferir a diligência, autorizou apenas a verificação dos quesitos formulados pelo autuado, o que no seu entendimento fere o princípio constitucional do contraditório. Ressalta que é de suma importância dar resposta às questões formuladas pelo autuante.

No tocante à infração 8, concorda com o parecer do diligente.

Em relação à infração 9, diz que o diligente excluiu do levantamento quantitativo, as quantidades saídas por empréstimo, e que este procedimento contraria o entendimento exarado no processo de consulta de nº 254253/2002-7, pela DITRI. Transcreve os art. 586 e 587 do Código Civil, afirmado que sendo a mercadoria emprestada em caráter de saída definitiva (metanol), por se tratar de um bem fungível, cujo retorno se dá com outra mercadoria do mesmo gênero, quantidade e

qualidade, nos termos do citados dispositivo legal, não cabendo considerar operação correspondente de devolução e sim outra operação autônoma em relação à saída anterior.

Manifesta seu ressentimento pelo não atendimento, por parte da Junta em não deferir a verificação da quesitação formulada pelo autuante, o que se feita, no seu entendimento comprovaria que não houve empréstimo, e sim contrato de mútuo. Salienta que ainda há tempo verificar este fato em diligência complementar. Ratifica a ação fiscal em relação a este item da autuação.

Conclui dizendo que a ausência de resposta aos seus quesitos, impede uma real formação de juízo acerca das saídas de metanol a título de empréstimo e pede que a atuação seja julgada procedente, com as correções trazidas pela ASTEC em relação à infração 8.

VOTO

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, inclusive com a realização de diligência fiscal efetuada por estranho ao feito.

Também rejeito a preliminar de nulidade suscitada, no momento em que o autuado manifestou-se acerca do resultado da diligência determinada por esta Junta, sob argumento de que a infração 8 foi baseada em mera presunção, tendo em vista que, a infração apontada está suportada nos demonstrativos elaborados pelo autuante e juntados às fls. 19 a 25, com base na escrituração fiscal do contribuinte, tendo inclusive comprovado o pagamento de parte do valor exigido, conforme documento juntado à fl. 340. Ademais, o autuado entendeu do que estava sendo acusado, tanto que apresentou documentos fiscais ao diligente, para provar a regularidade de parte das operações praticadas e objeto da autuação, o que comprova não ter sido feita por mera presunção.

No mérito, o Auto de Infração trata de diversas infrações: utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, por diversas razões (infrações 1, 2, 4 e 6); recolhimento a menos do imposto em razão de erro na aplicação da alíquota cabível; da falta de recolhimento do imposto da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (consumo); da falta de recolhimento (infração 8) e do recolhimento a menos do imposto nas prestações de serviços de transportes rodoviário (infração 7) e da omissão de saída de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques.

O autuado, na defesa apresentada reconheceu o cometimento das infrações de nº 1, 4, 5 e 7 e parte da infração 6, e providenciou o seu pagamento, conforme demonstrativo de débito e cópia do DAE acostados às fl. 189 e 190.

Assim sendo, ficam mantidos os valores originais da exigência fiscal relativo às infrações 1, 4, 5 e 7, haja vista que não há nenhuma controvérsia.

Quanto à infração 02, a acusação indicada no Auto de Infração é de ter utilizado “indevidamente crédito fiscal de ICMS, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento”. Na defesa apresentada, o autuado alegou que tendo efetuado vendas por meio de diversas notas fiscais a empresa Meck S/A, resultando em base de cálculo maior, foi emitido pela citada empresa a nota fiscal de nº 3721 (fl. 212), para ajustar ao valor real da operação. Alegou que este procedimento é similar a de vendas em consignação prevista no art. 409 do RICMS/BA e que é correto fazer uso do crédito da operação. O autuante por sua vez, contestou dizendo que é indevida a utilização do crédito fiscal do ICMS, por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, e que o procedimento adotado pelo autuado, consistia num desconto incondicional de operação praticada anteriormente, o que é incorreto.

Da análise dos documentos juntados ao processo, verifico que a nota fiscal de nº 3721, cuja cópia foi acostada à fl. 212 do processo, indica:

- a) como natureza da operação a “Devolução com. p/industrializa”, com Código Fiscal de Operação (CFOP) 6.31 e no campo de informações complementares, faz referências a diversas notas fiscais, as quais o impugnante se reportou na defesa apresentada;
- b) embora o documento fiscal indique que se trata de devolução de mercadorias, inclusive que o frete era por conta do destinatário, não foi visado em qualquer posto fiscal no percurso entre São Luís – MA e o Estado da Bahia;
- c) não há nenhuma referência no aludido documento fiscal, de que se trata de “reajuste de preço”.

Portanto, não acato a alegação defensiva de que se trata de operação de reajuste de preço, tendo em vista que o documento fiscal indica operação de devolução de mercadoria e não foi comprovada a efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento autuado, portanto, é indevida a utilização do crédito fiscal correspondente. Ressalto, que é assegurado a utilização de crédito fiscal, decorrente de reajuste de preços, nos termos do art. 201, II e § 1º do RICMS/BA ou de operações em consignação, mas os documentos trazidos aos autos não comprovam a ocorrência destas operações.

Dessa forma, fica mantido o valor do ICMS exigido de R\$1.014,27, relativo à infração 2.

Em relação à infração 03, o autuado alegou que recebeu mercadorias a título de empréstimos (catalisadores e metanol) e que ao devolver tais mercadorias, aplicou a mesma alíquota da operação anterior (7%), e que estava correto o seu procedimento nos termos do art. 651, § único do RICMS/BA.

Constato que as cópias dos documentos fiscais juntados às fls. 214 e 216, tratam de “outras saídas” e empréstimos respectivamente dos produtos catalisador de óxido de zinco e metanol. Conforme ressaltado pelo autuante, se tratam de bens fungíveis, que ao serem entregues ao destinatário, faz o uso que lhe aprouver (consumo, revenda, industrialização, etc.) e quando há devolução, não se trata do mesmo produto, e sim de um outro produto com a mesma qualidade e gênero. Portanto, a operação praticada não é equiparada a uma devolução (venda/compra), haja vista que estas operações se caracterizam pelo desfazimento de uma operação anterior, em que o bem ou mercadoria é de imediato devolvida por parte do comprador ou do vendedor. Ressalto que não há previsão na legislação tributária estadual, de operações de empréstimos de mercadorias, logo, esta operação, bem como o seu retorno, se equiparam a saídas definitivas do estabelecimento, operação tributável segundo a natureza da mercadoria, nos termos do art. 1º, I da Lei 7.014/96.

Concluo que, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 13) e cópias das notas fiscais de nº 2.702 e 2751, juntadas pelo impugnante às fls. 215 e 217, se tratam de operações de saída de mercadorias do estabelecimento autuado e destinadas a outros Estados, cuja alíquota da operação é a de 12% e está correta a exigência fiscal, devendo ser mantido o débito de R\$11.257,96.

No que tange à infração 06, uso indevido de crédito fiscal de bens do ativo imobilizado, diz que reconheceu parte da infração, tendo em vista que verificou que alguns bens do ativo imobilizado não geram direito ao crédito. Diz que o problema reside na dificuldade de identificação dos bens adquiridos (destinados ao imobilizado, investimentos e diferido), que foram usados na ampliação da manutenção de linhas (tubos, luvas, válvulas, dentre outros) e localizados em outras empresas do Polo Petroquímico.

O autuado reconheceu como devido o valor de R\$5.073,81, relativo à apropriação de créditos de material de uso consumo, conforme demonstrativo acostado na defesa à fl. 189, do montante exigido de R\$10.737,24.

Relativamente à parte contestada, verifico que conforme demonstrativo elaborado pelo autuante (fl. 16) e o apresentado na defesa à fl. 219, trata-se de aquisição de tubos e acessórios (curva, joelho, luvas, etc), destinados à manutenção de linhas de proteção de incêndio do estabelecimento autuado.

Pela descrição dos bens acima relacionados, constato que em se tratando de estabelecimento industrial, constituem peças de reposição que se caracterizam como material de uso empregados em imóveis por ação física ou reposição dos mesmos, que não geram direito ao crédito (art. 93, V, “b” e 97, § 2º, III), consoante as regras disposta no art. 29, § 1º da Lei nº 7.014/96. O crédito fiscal relativo a bens de uso/consumo, de acordo com mencionado dispositivo legal, só é admissível a partir de 1º de janeiro de 2007. Este é o entendimento que prevalece nas decisões proferidas neste Conselho.

Dessa forma, deve ser mantida integralmente esta infração.

No tocante à infração 08, em que foi exigido o ICMS substituto relativo à contratação de serviço de transporte, na defesa inicial o autuado alegou que:

- a) relativo a compras, o tomador do serviço que era o remetente, já que as operações foram a preço CIF, e o imposto devido pela empresa PVP, localizada no Estado do Piauí;
- b) referente às remessas de álcool metílico (para Copenor/Sorocaba-SP), alegou que não tendo destacado o ICMS substituto do frete nas notas fiscais, constou na nota fiscal que o frete era por conta do emitente.

O autuante contestou dizendo que o autuado utilizou serviço de transporte de transportadores localizados nos Estados de São Paulo e Piauí, e que não comprovou o recolhimento do ICMS creditado, conforme documentos juntados às fls. 124 a 129. Juntou ao PAF a título de amostragem, algumas notas fiscais para provar que o autuado foi o tomador do serviço (fl. 107 e seguintes).

Para dirimir a questão, esta Junta determinou a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, tendo o diligente no seu parecer (fl. 332), informado que intimou o autuado para apresentar os CTRCs, tendo feito as seguintes constatações:

- 1) que as notas fiscais e CTRC não indicam quem é o tomador do serviço;
- 2) que dos CTRCs relacionados pelo autuante, parte deles tiveram o ICMS pago, conforme demonstrativo acostado à fl. 340. Elaborou novo demonstrativo (fl. 359), deduzindo os valores efetivamente pagos pela empresa totalizando R\$1.051,71 no mês 11/02 e R\$4.468,52 no mês 12/02.

O defendente, ao tomar conhecimento do resultado da diligência, alegou que o levantamento fiscal foi feito com base nos arquivos magnéticos gerados a partir do Sintegra e não com base nos CTRCs, que entende ser os únicos documentos idôneos para apurar o valor dos serviços de fretes pagos.

Pelo exposto, tendo sido exigido o ICMS substituto relativo operações de contratação de serviços de transportes de empresas localizadas em outros Estados e, a legislação tributária estadual prevê que o imposto é devido ao contratante do serviço (art. 380 e 382 do RICMS/97). Concluo que, tendo o levantamento fiscal sido feito com base em dados da escrituração do impugnante, caberia a ele apresentar os documentos que deram suporte à escrituração para provar que os ICMS destas operações foram pagos ao Tesouro Estadual. O defendente teve duas oportunidades para fazer prova de suas alegações, a primeira com a defesa apresentada e a segunda no momento da

realização da diligência em que comprovou o pagamento de parte do imposto devido das operações em questão. Portanto, não acolho a alegação defensiva de que só a análise dos CTRCs comprovaria o imposto devido das operações, tendo em vista que diante da acusação, caberia a ele apresentar as provas que estava na sua posse (CTRCS e nota fiscal), para elidir a acusação.

Dessa forma, acato o demonstrativo juntado pelo diligente à fl. 339, e julgo parcialmente procedente a infração 8, no valor devido de R\$76.913,17.

Em relação à infração 09, o autuado alegou inexistir a omissão de entrada de 1.094,169 ton apontada na autuação, pelos seguintes motivos:

- a) que o autuante não considerou as quantidades relativas aos empréstimos às empresas Sinteko e Brasken (Copene), tendo que acrescido as quantidades correspondente de 1.099,938 ton, conforme anotado no Livro de Registro de Inventário em 31 de dezembro de 2002;
- b) que a diferença de 5,769 ton decorre de: quebra de produto emprestado a Copene (remetido 1.000.000 ton e retornado 998,150 ton); diferenças de decimais entre o levantamento da empresa e o da fiscalização; saídas de amostra grátis; ajuste de inventário da quebra normal de produção.

O autuante contestou, dizendo que “os valores do estoque final de produto acabado” (fl. 226) não correspondem aos registrados no livro de Registro de Inventário (fl. 98), “já que o estoque em poder de terceiros desapareceu na planilha do contribuinte”.

Rebateu também, às alegações em relação à diferença apontada na defesa de 5,769 ton.

Esta Junta, determinou a realização de diligência a ASTEC, tendo o diligente no seu parecer (fl. 332), esclarecido que em relação às mercadorias emprestadas a terceiros (álcool metílico), foi comprovado as devoluções por meio das notas fiscais, cujas cópias foram juntadas às fls. 260 a 302 e respectivas cópias dos livros onde foram lançadas, totalizando 1.099,938 toneladas, que corresponde ao somatório de 996,10 toneladas relativas às notas fiscais emitidas pela empresa Sinteko Produtos Químicos S/A e mais 103,838 toneladas constante das notas fiscais emitidas pela empresa Copene. Diz que constatou o retorno destas devoluções no exercício seguinte, sendo 996,10 toneladas pela NF 3605 e 3666 (abril/03) e 103,838 toneladas (outubro/03) pela nota fiscal 209674 (fl. 345), totalizando retorno de 1.099,938 toneladas do produto álcool metílico. Em relação a diferença de 5,77 toneladas, informou que intimou o autuado para comprovar suas alegações e não tendo sido comprovadas, elaborou um demonstrativo juntado à fl. 339, considerando estas diferenças.

O autuante, ao tomar conhecimento do resultado da diligência, discordou do resultado apresentado pelo diligente, sob o argumento de que em se tratando de bens fungíveis, as saídas a título de empréstimos ocorreram no exercício de 2002, em caráter definitivo e que no seu entendimento não podia ser considerada a quantidade correspondente no estoque final do estabelecimento autuado.

Quanto à alegação do autuante de que as saídas de bens fungíveis devem ser consideradas saídas definitivas do estabelecimento, concordo com o posicionamento do autuante e da DITRI, haja vista, que conforme argumentado, na devolução das mercadorias emprestadas, não retornam as mesmas mercadorias e sim outra mercadoria com o mesmo gênero e qualidade. Entretanto, da análise dos documentos juntados ao processo, constato que o autuante computou no demonstrativo à fl. 26, estoque final de 3.700,874 toneladas do produto metanol, enquanto a cópia do livro de Registro de Inventário juntado à fl. 98, indica quantidade de 2.600,936 toneladas do produto e 1.099,938 toneladas de “Metanol com Terceiros”, que perfaz a quantidade computada de 3.700,874 toneladas. Observo que, o autuante ao computar no levantamento quantitativo as saídas das quantidades remetidas a título de empréstimo, a exemplo da nota fiscal de nº 3.027 (fl. 54 e

260), também considerou a quantidade total dos empréstimos consignados no livro de Registro de Inventário. Entendo que, considerando que as saídas a título de empréstimos ocorreram em caráter definitivo, deveria considerar estas saídas e não considerar que as mesmas mercadorias permaneceram no estoque (em poder de terceiros) ou considerar a mercadoria em estoque e não considerar a saída a título de empréstimo. Levando em conta que se trata de bens fungíveis, e que as saídas ocorreram em caráter definitivo, conforme linha de raciocínio acima exposta, considero que as saídas das 1.099,938 toneladas ocorrem em caráter definitivo. Já a mesma quantidade anotada no livro de Registro de Inventário à fl. 98 (Metanol em poder de terceiros), não pode ser considerada como estoque existente na empresa, conforme computado no demonstrativo do autuante à fl. 26. O valor correspondente a esta quantidade, constitui de fato um direito e não um bem que está em posse de terceiros.

Ressalto que, as cópias das notas fiscais juntadas ao processo, comprovam que as operações de saídas a título de empréstimos, foram tributadas, não causando prejuízo ao Erário público. Portanto, deve ser excluída da autuação a quantidade de 1.099,938, conforme demonstrativo acostado pelo diligente à fl. 339, o que resultou em omissão de saída de 5,77 toneladas.

Salientou ainda, que não foram consideradas pelo autuante, as saídas destinadas à amostra grátis; ajuste de inventários e diferenças de remessa e retorno, tendo em vista que não foram apresentadas as provas requisitadas.

Quanto à alegação defensiva de que a diferença de 1,85 toneladas é resultado do envio de 1.000 ton para a Copene, com retorno de 998,15 ton, não pode ser acatada, tendo em vista que esta diferença repercute no controle físico dos estoques e não pode ser considerado como perda.

Também não pode ser considerada a alegação defensiva de que 130 Kg, deram saída do estabelecimento a título de amostra grátis, haja vista que não ficaram comprovadas estas operações. Saliento que as saídas de amostras grátis são isentas de tributação, e se comprovada, deveria ter sido computada nas saídas do estabelecimento.

Quanto à alegação de que foi apurada uma diferença de 69 Kg, em decorrência do arredondamento dos decimais pela aplicação do programa SAFA, foi admitida pelo autuante, e mesmo que seja pouco relevante, causou prejuízo ao contribuinte, e deve ser acolhida.

Diante do exposto, tomo como base o demonstrativo apresentado pelo diligente à fl. 339, e faço a exclusão da omissão de saída de 5,77 toneladas a mencionada diferença relativa a arredondamento de 0,069 tonelada, o que resulta em omissão de saída 5,08 ton que aplicado o preço médio de R\$640,73 resulta em base de cálculo de R\$3.254,91 e ICMS devido de R\$553,33.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo, devendo ser homologado os valores já recolhidos:

Infração	Situação	ICMS
1	Procedente	1.205,77
2	Procedente	1.014,27
3	Procedente	11.257,96
4	Procedente	4.239,33
5	Procedente	3.417,59
6	Procedente	10.737,24
7	Procedente	273,87
8	Procedente em parte	76.913,17
9	Procedente em parte	553,33
Total		109.612,53

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.^o 271330.0002/05-7, lavrado contra **METANOR S/A METANOL DO NORDESTE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$109.612,53**, acrescido das multas de 150% sobre R\$1.014,27, 70% sobre R\$553,33 e 60% sobre R\$108.044,73, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “f”, III, e VII, “a” da Lei n.^o 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

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 n^º 7.629/99, alterado pelo Decreto n^º 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEA OLIVA - JULGADOR