

A. I. Nº - **087461.0006/06-6**
AUTUADO - **M-I DRILLING FLUIDS DO BRASIL LTDA.**
AUTUANTE - **HÉLIO SILVA DAMASCENO**
ORIGEM - **INFAZ SIMÕES FILHO**
INTERNET - **27/09/2007**

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 071-02/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, as das saídas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 02. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO VALOR DO IPI NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ICMS. Incluem-se na base de cálculo do ICMS o valor do IPI, nas saídas efetuadas por contribuinte do imposto federal com destino a consumidor ou usuário final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. 03. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento e ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente subsistente. 04. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Imputação não impugnada pelo sujeito passivo. Infração mantida. 05. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Não acolhida a argüição de preliminar. Os equívocos

quanto à capitulação legal dos fatos, neste caso, não constituíram cerceamento de defesa, pois a descrição das situações verificadas foi feita de forma satisfatória. Não acolhida a argüição de nulidade. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/12/2006, para constituir o crédito tributário no valor de R\$146.738,52, em decorrência de:

1- Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$97.841,78, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2001, 2002 e 2003), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas omitidas.

2- Recolheu a menos o ICMS, no valor R\$10.637,94, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

3- deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, no valor R\$30.086,70, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

4- Recolheu a menos o ICMS, no valor R\$272,04, devido pelas 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 desembarque, quer pela utilização incorreta da taxa cambial.

5- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, referente às notas fiscais obtidas no sistema CFAMT, com ICMS devido no valor de R\$7.900,06,

O autuado apresentou defesa, fls. 140 a 161, impugnando o lançamento tributário, inicialmente argüindo nulidade da autuação, por ilegitimidade passiva, argumentando que o Auto de Infração foi lavrado contra a M-I Drilling Fluids do Brasil Ltda., CNPJ Nº 61.802.526/001-80, quando tal sociedade já se encontrava extinta, pois foi incorporada em 07 de fevereiro de 2006, pela M-I Mineração Ltda., CNPJ Nº 15.185.358/0001-03, que no mesmo ato, alterou a sua denominação para M-I Swaco do Brasil, Comércio, Serviços e Mineração Ltda. (Doc. 24), denominação com a qual está se defendendo.

Diz que os documentos societários que formalizaram a referida incorporação da empresa ora autuada foram devidamente registrados nas Juntas Comerciais, inclusive neste Estado da Bahia, tendo a empresa incorporadora comunicado tal fato ao Estado da Bahia em 21 de agosto de 2006, portanto antes da lavratura do Auto de Infração, conforme se extrai do protocolo da baixa de Inscrição Estadual Nº 133.959/2006.

Prosseguindo, em relação a infração 01, diz que o autuante cometeu diversos equívocos ao efetuar o levantamento quantitativo, que motivaram as supostas divergências apontadas na autuação, asseverando que as mesmas não existem, passando a apresentar os esclarecimentos em relação aos equívocos constantes dos levantamento fiscais:

A- Exercício de 2001- Produtos:

1- BENTONITA:

- Considerou indevidamente a quantidade de 3 (três) toneladas como entrada omitida, quando na realidade a Nota Fiscal nº 3388, de 09.05.2001, refere-se a venda de embalagens e não de produtos;
- Não considerou a Nota Fiscal nº 3804, contendo 27 toneladas;
- Considerou indevidamente a quantidade de 3 (três) toneladas, com base na Nota Fiscal nº 520, de 20.06.2001, emitida com a finalidade de complementação de preço da Nota Fiscal nº 0366, de 14.05.2001 (sem movimentação de estoque);
- Não considerou as Notas Fiscais nº s 598, de 05.07.2001 e 627 (12.07.2001), contendo 30 e 13 toneladas, respectivamente, totalizando 43 toneladas;

2 – CAL HIDRATADA, também denominado como CARBONATO DE CÁLCIO:

- Quanto às saídas, considerou indevidamente a quantidade de 100 sacos de 20 Kg, com base na Nota Fiscal nº 520, de 20.06.2001, emitida com a finalidade de complementação de preço da Nota Fiscal nº 0366, de 14.05.2001 (sem movimentação de estoque);
- Não considerou a Nota Fiscal nº 617, de 10.07.2001, contendo 10,15 toneladas;

3 – DUO VIS

- Quanto às saídas, considerou indevidamente a quantidade de 10 unidades, em lugar de 02 unidades, o que seria a quantidade correta, com base na Nota Fiscal nº 20, de 18.01.2001;

4- GELEX

- Considerou indevidamente a quantidade de 86 sacos de 0,91 Kg, com base na Nota Fiscal nº 316, de 26.04.2001, emitida pelo impugnante para simples faturamento (venda, sem movimentação de estoque);
- Não considerou a Nota Fiscal nº 370, de 15.05.2001, contendo a quantidade de 85 sacos de 0,91 Kg;
- Considerou indevidamente a quantidade de 27 sacos de 0,91 kg, com base na Nota Fiscal nº 358, de 10.05.2001, emitida pelo impugnante para simples faturamento (venda, sem movimentação de estoque);
- Não considerou a Nota Fiscal nº 617, de 10.07.2001, contendo a quantidade de 25 sacos de 0,91 kg;
- Não considerou a Nota Fiscal nº 880, de 19.10.2001, contendo a quantidade de 15 sacos de 0,91 kg;
- Considerou indevidamente a quantidade de 70 sacos de 0,91 kg, com base na Nota Fiscal nº 894, de 29.10.2001, emitida pelo impugnante para simples faturamento (venda, sem movimentação de estoque);
- Considerou indevidamente a quantidade de 60 sacos de 0,91 kg, com base na Nota Fiscal nº 358, de 28.11.2001, emitida pelo impugnante para simples faturamento (venda, sem movimentação de estoque);
- Não considerou a Nota Fiscal nº 1001, de 17.12.2001, contendo a quantidade de 200 sacos de 0,91 kg;

5 – NOVAMUL

- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 876, de 18.12.2001, contendo a quantidade de 20 tambores de 180 kg;

- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 1020, de 21.12.2001, contendo a quantidade de 18 tambores de 180 kg;

6 – SODA CÁUTICA 96

- Não considerou a compra de compra mediante Nota Fiscal nº 91489, de 27.03.2001, contendo 12 toneladas (12 unidade de uma tonelada cada);
- Não considerou a Nota fiscal nº 120, de 16.02.2001, contendo 240 sacos de 25 kg, equivalentes a 6 toneladas;
- Considerou indevidamente a quantidade de 1000 sacos de 25 kg, no total de 25.000 kg, equivalente a 25 toneladas, com base na Nota Fiscal nº 840, de 04.10.2001, cancelada pela impugnante, não havendo movimentação de estoque, conforme demonstrado pela cópia anexa;

B- Exercício de 2002

1 – Produto CAL HIDRATADA, também denominado como CARBONATO DE CÁLCIO ou CALCITA:

- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 1088, de 24.01.2002, contendo 227 sacos de 30 kg, equivalente 6.810 kg (6,81 toneladas);
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 1128, de 18.02.2002, contendo 440 sacos de 30 kg, equivalente 13.200 kg (13,201 toneladas);
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 1412, de 18.06.2002, contendo 16590 sacos de 30 kg, equivalente 497.700 kg (497,70 toneladas);

3 – DUO VIS

- Quanto às saídas, considerou indevidamente a quantidade de 10 sacos com 25 kg cada, quando o correto é 01 (um) saco, com base na Nota Fiscal nº 1169, de 28.02.2002;

4- GELEX

- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 753, de 26.11.2002, contendo 4 unidades;
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 754, de 26.11.2002, contendo 2 unidades;
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 7180, de 27.11.2002, contendo 28 unidades;
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 7277, de 12.12.2002, contendo 64 unidades;
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 1212, de 26.11.2002, contendo 40 unidades;
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 1581, de 31.07.2002, contendo 2 unidades;
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 2002, de 19.12.2002, contendo 64 unidades;
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 2023, de 30.12.2002, contendo 34 unidades;

5 – NOVAMUL

- Lançou indevidamente às Notas Fiscais de entrada nºs 99445 e 99444, ambas de 25.11.2002, contendo as quantidades de 19.980 e de 10.080 kg, na medida em ambas possuíam natureza de operação “outras saídas” (CFOP 6.99.9), destinavam-se apenas ao acompanhamento das mercadorias remetidas pelo fornecedor de forma apartada e que a contabilização da entrada dos produtos no estoque foi realizada com base na Nota Fiscal nº 099443, de 25/11/2002;

- Considerou indevidamente a Nota Fiscal de saída nº 1888, de 25.11.2002, contendo a quantidade de 67 tambores de 180 kg, perfazendo um total de 12.060 kg de outro produto, completamente diferente, o “NOVAMOD”;

c- Exercício de 2003

1- BENTONITA SUPERGEL

- Considerou em duplicidade a Nota Fiscal de entrada Nº 5.667, 05.09.2003, referente à quantidade de 28,0 toneladas (28.000 kg);
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 2.194, de 01.02.2003, contendo 14,0 toneladas (14.000 kg);
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 2.747, de 08.07.2003, contendo 27,0 toneladas (27.000 kg);

2- CLORETO DE POTÁSSIO

- Considerou em duplicidade a Nota Fiscal de entrada Nº 7.344, de 30.12.2003, referente à quantidade de 15,0 toneladas (15.000 kg), pois foi considerada indevidamente no inventário de 31.12.2002, pois os produtos foram adquiridos de fornecedores localizado em Macaé, no Estado do Rio de Janeiro, e somente em 03.01.2003 foram recebidos no estabelecimento do autuado, localizado no Estado da Bahia;
- Considerou indevidamente, para efeito de conversão da quantidade de mercadorias da Nota Fiscal de entrada nº 2.849, de 14.08.2003, sacos de 25 kg cada, quando o correto é sacos de 50 kg cada;
- Considerou indevidamente a quantidade 200 sacos, equivalente a 5.000 kg para Nota Fiscal de saída nº 2245, de 25.02.2003, quando o correto seria 800 sacos equivalente a 20.000 kg, o que gerou uma diferença a menos de 15.000 kg;
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 2.609, de 27.06.2003, contendo 7,5 toneladas (7.500 kg);
- Não considerou a Nota Fiscal de saída nº 2.880, de 28.08.2003, contendo 10,25 toneladas (10.250 kg);

3 – DUO VIS

- Não considerou a Nota Fiscal de entrada nº 2.557, de 12.06.2003, contendo a quantidade de 2 kg.;
- Houve equívoco na escritura das Notas Fiscais nºs 7.344 e 7.346, de 30/12/2003, foram escrituradas indevidamente no livro Registro de Inventário do ano 2002, contudo as mercadorias somente ingressaram do ano seguinte, 2003. Dessa forma, as quantidades foram consideradas em duplicidade, ou seja, no estoque final de 2002 e na entrada efetiva em janeiro de 2003. Assim, mesmo existindo erro na escrituração não houve omissão de saída;

Quanto a infração 02, diz que não pode prosperar, em primeiro lugar, porque o autuante não considerou as cartas de correção nas quais corrigiu a base de cálculo do imposto destacado nas Notas Fiscais Nº 2.324 e 2.801, emitidas para as empresas “COASTCAL BMCAL-4 LTDA.” e “HIGEP”, tendo sido recolhido aos cofres públicos o ICMS calculado sobre o IPI.

No que diz respeito às operações ocorridas entre a autuada e a “PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A”, relativas às Notas Fiscais nºs 60, 104, 284, 582, 659, 805, 856, 875, 1005, 1018, 1076, 1448, 1682, 1765, 1452 e 3137 e a “PETRÓLEO BRASILEIRO S/A”, Notas Fiscais nºs 2545 e 2547, verifica-se que o

IPI efetivamente não deveria integrar a base de cálculo do ICMS, com base na Constituição Federal, artigo 155, § 2º, inciso XI, o qual estabelece que não integra a base de cálculo do imposto o montante do imposto sobre Produtos industrializados, quando a operação realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou às comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos. Cita doutrina e jurisprudência de outros tribunais.

No tocante a infração 03, aduz que o mesmo não pode prosperar em razão de:

- a) O autuante equivocou-se ao elaborar a planilha anexa ao Auto de Infração, denominada de “Demonstrativo do Diferencial de Alíquota Devido”, com base no qual foi lançado o ICMS, pois o autuante apontou uma base de cálculo no Auto de Infração diversa da refletida no aludido demonstrativo, não sendo possível sequer descobrir de onde o fiscal extraiu os referidos valores. Além, de indicar à alíquota de 17% e deixou de considerar o valor já pago pelo autuado.
- b) As operações não se referem à aquisição de bens para ativo fixo, tampouco de materiais de uso e consumo. Trata-se de operações não tributadas pelo ICMS:
 - 1- transferências de bens do ativo fixo entre estabelecimento do mesmo titular (Notas Fiscais nºs 6416, 6436, 878, 877, 8025, 9025, 8504, 7698, 1402, 4500, 7519, 7063, 8242, 8187, 7565, 7593, 7614 e 7983);
 - 2- Remessa por conta e ordem de terceiros, mediante Nota Fiscal nº 36013, referente a arredamento mercantil de equipamento de informática.

Relativamente a infração 05, informa que não reconhece às operações e não localizou em seu movimento contábil e fiscal o recebimento de tais mercadorias.

Assevera que solicitou cópias das notas fiscais que constam no citado sistema ^{CFAMT}, porém, não recebeu, protestando pela exibição desses documentos fiscais, requerendo novo prazo de defesa, caso seja entregue ao autuado.

Requerer prova Pericial para comprovar que o autuante equivocou-se ao proceder o levantamento de estoques e que as operações de venda de mercadorias à Petrobrás, para quais o IPI foi excluído da base de cálculo do ICMS, foram realizadas entre contribuintes do ^{ICMS} e tais mercadorias integram o processo produtivo daquela empresa, indicando um assistente técnico e finalizar requerendo pela improcedência da autuação.

Na informação fiscal, fls. 357 a 359, o autuante inicialmente contesta o argumento defensivo de ilegitimidade passiva, asseverando que o autuado encontra-se na situação cadastral “SUSPENSO – PROCESSO DE BAIXA REGULAR”, não existindo nenhuma alteração da razão social, o qual outra alteração cadastral. Portanto, entende que, perante a SEFAZ, não se trata, a rigor, de incorporação ou fusão, mas de simples pedido de baixa ainda não deferido. Salienta que, mesmo que se tome por efetiva incorporação, não prospera o argumento, tendo em vista que a empresa incorporadora ou sucessora assume legalmente o passivo, inclusive tributário, da incorporada.

Em relação a infração 01, diz que reexaminou todos os equívocos apontados pelo autuado, sendo alguns procedente, resultando em novos demonstrativos, com as quantidades e valores remanescentes, conforme demonstrativo às folhas 360 a 364.

No tocante a infração 02, aduz que mediante pesquisas e diversas entrevistas com o representante legal do autuado, obteve as informações suficientes acerca dos produtos vendidos pelo autuado, especialmente destinados à Petrobrás: Trata-se de lama, ou componentes desta, para perfuração de poços de petróleo. O termo “lama” se refere à consistência espessa. Na verdade é um tipo de fluido utilizado no poço durante a perfuração que tem diversas finalidades, como: resfriar a broca; remover aparas do peço, evitar o desabamento do poço; consolidar formações frouxas (areis, cascalho); evitar a intrusão de água, óleo ou gás no poço; lubrificar etc.

Esclarece que durante o processo é injetado um fluido na coluna de perfuração, que sai através de pequenos orifícios na broca, permitido remover pedaços de rocha e resíduos, o qual é posteriormente separado e retorna a sua utilização original, sendo meros coadjuvantes de extração de petróleo, sendo considerado como material de consumo, pois não se integra ao novo produto, nem é consumido imediatamente.

Entretanto, acata a exclusão das Notas Fiscais nºs 2324 e 2801, o que reduz o valor da infração para R\$10.482,19.

Relativamente a infração 03, reconhece que errou ao transportar os valores do demonstrativo de folhas 70 dos autos, lançou a coluna “subtotais mensais” quando os valores corretos são os da coluna “a recolher”. Assim, o valor total deste item passa a ser de R\$21.522,66.

Diz que o artigo 27 do RICMS/97, prevê isenção para a remessa de bens do ativo permanente, entre estabelecimento de uma mesma empresa, apenas para movimentações “no território deste estado.”

No tocante a infração 04 ressalta que não houve impugnação.

No que se refere a infração 05 informa que consegui junto ao CFAMT apenas algumas notas fiscais que acostou aos autos, opinando pela redução do imposto para R\$2.566,74 e multa de R\$46,61 (1%).

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e documentos acostado pelo autuante, sendo informado do prazo de dez dias para se manifestar.

Em nova manifestação, folhas 373 a 377, o autuado destacou que o autuante somente apresentou parte das notas fiscais relacionadas na infração 05.

Em relação a infração 01, sobre o demonstrativo revisado na informação fiscal, apresentou os seguintes esclarecimentos:

Exercício de 2001:

- A Nota Fiscal nº 617 de saída de 10.150 kg de cloreto de potássio, foi indevidamente considerada na apuração do estoque do produto CAL HIDRATADO;
- Para o cálculo do estoque final do produto SODA 96, o fiscal considerou indevidamente o estoque inicial do produto SODA 70;
- No cálculo do estoque final do produto CARBONATO DE CÁLCIO o autuante não considerou o saldo final do produto descrito como calcita-244, no total de 500 sacos de 30 kg. Note-se que a calcita-244 é também conhecida como carbonato de cálcio, o que significa dizer que se trata do mesmo produto, impondo-se o cômputo reunido dos mesmos produtos que têm diferentes denominações.

Exercício de 2002:

- O autuante não considerou na apuração do estoque final do produto CAL HIDRATO a Nota Fiscal nº 4893 de compra de 12.000 kg;
- Quanto ao produto CLORETO DE POTÁSSIO, o autuante considerou incorretamente a compra de 25 sacos do produto, com base na Nota Fiscal nº 753, quando, na verdade, a nota fiscal indica a compra de 250 sacos (de 25 kg cada);
- A despeito de ter mencionado no relatório intitulado “CORREÇÕES EFETUADAS NO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO” que excluiria da apuração do estoque de 2002 a quantidade de 9 sacos do produto “Duo Vis” (Nota Fiscal 1.169), essa informação não foi reproduzida no demonstrativo “LEVANTAMENTO DE QUANTITATIVO DE ESTOQUES POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS”, permanecendo indevidamente a suposta diferença de estoque;
- O mesmo ocorreu com o produto CARBONATO DE CÁLCIO, no que se refere às vendas indicadas nas Notas Fiscais nºs 1088, 1128 e 1412. O demonstrativo das correções efetuadas

pelo autuante indicou ter ela computado a saída de 36.600 kg do produto, quando, na verdade, essa informação não aparece refletida no demonstrativo de levantamento do estoque;

- Produto GELEX o autuado considerou a saída e 10 kg, quando o correto seria considerar a saída de 6 kg, conforme Nota Fiscal nº 1.116;
- Como alegou na defesa, houve equívoco na escritura das Notas Fiscais nºs 7.344 e 7.346, de 30/12/2003, foram escrituradas indevidamente no livro Registro de Inventário do ano 2002, contudo as mercadorias somente ingressaram do ano seguinte, 2003. Dessa forma, as quantidades foram consideradas em duplicidade, ou seja, no estoque final de 2002 e na entrada efetiva em janeiro de 2003. Com base nesses argumentos, o autuante excluiu corretamente 100 kg do produto da movimentação de estoque do ano de 2003. Ocorre que, apesar de assim ter feito, o autuante deixou de considerar essas mesmas notas de entrada na movimentação de estoque daquele ano. Assim, é necessário incluir na movimentação do estoque de 2002 a entrada de 100 kg de Duo Vis e, como aliás já foi feito, excluir esse mesmo registro na movimentação do ano de 2003.

Exercício de 2003

- Apesar do autuante ter acatado o argumento defensivo de que deveria ser computado no cálculo do estoque do produto CLORETO DE POTÁSSIO a operação materializada na Nota Fiscal nº 2849, o mesmo considerou equivocadamente, no levantamento quantitativo, a entrada de 2.550 kg do produto, quando, na verdade, tratou-se de uma operação de saída dessas mercadorias, gerando uma diferença de estoque que precisa ser sanada;
- O mesmo ocorreu em relação ao produto DUO VIS, tendo o autuante incluído no levantamento de estoque a entrada de 2 sacos, quando em verdade a Nota Fiscal nº 2557 indica a saída desses produto.

Ao finalizar, diz esperar pelo acolhimento das alegações defensivas.

Em nova informação fiscal, folhas 392 e 393, em relação a infração 05 diz que o autuado não observou as exclusões realizadas na informação fiscal e reiterou os argumentos anteriores.

Em relação a infração 01, prestou os seguinte esclarecimentos:

Exercício de 2001:

- Nota Fiscal nº 617, diz que não entende a afirmação defensiva de teria sido considerado indevidamente considerada na apuração do estoque do produto CAL HIDRATADA, pois a referida nota fiscal não foi arrolada no levantamento, folhas 21 a 23;
- Não houve o equívoco apontado pelo autuado em relação a SODA 96, pois o saldo inicial da SODA 96 efetivamente foi de 5.000 kg. Já a SODA 70 apresentou saída com nota fiscal (e não estoque final) de 5.000 kg, não havendo, portanto, equívoco quanto a este item;
- Quanto ao produto CARBONADO DE CÁLCIO, considerando tratar-se de outra denominação do produto calcita, e que a movimentação desta última não foi considerada, por entender equivocadamente ser produto distinto, resolveu excluiu do levantamento;

Exercício de 2002 – Informa que acatou todos os argumentos apresentados na última manifestação defensiva.

Exercício de 2003 - Informa que acatou todos os argumentos apresentados na última manifestação defensiva.

Ao finalizar, diz que efetuou as correções devidas, reduzindo o valor da infração, conforme novos demonstrativos do Levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, nos valores de: Exercício de 2001 – R\$3.429,99; exercício de 2002 – R\$3.744,41 e exercício de 2003 – R\$5.167,16.

O autuado foi intimado e recebeu cópia dos novos demonstrativos, tendo sido informado do prazo para se manifestar.

Em nova manifestação, folhas 401 a 404, o autuado diz que mais uma vez o autuante não acolheu todos os argumentos defensivos.

Em relação a infração 01, sobre o demonstrativo revisado na informação fiscal, apresentou os seguintes esclarecimentos:

Exercício de 2001:

- A Nota Fiscal nº 617 de saída de 10.150 kg de cloreto de potássio, foi indevidamente considerada na apuração do estoque do produto CAL HIDRATADO;
- Em relação ao estoque final do produto SODA 96, aduz que deve ser retificado, pois no ano de 2001 controlava sem fazer distinção entre a movimentação dos subgrupos denominados soda cáustica 70 e soda cáustica 96. Entretanto, o autuante tratou individualmente cada um desses subgrupos.

Aduz que não invalida o critério adotado pelo autuante. Ocorre que, ao assim proceder, ele equivocou-se ao considerar que o estoque inicial de 2001 do produto soda cáustica, que se encontrava registrada no livro Registro de Inventário, no total de 5.000 kg, se referia à soda cáustica 96, quando, na verdade, o saldo referia-se ao estoque do produto soda cáustica 70. Não foi por outro motivo que o autuante apurou no levantamento do estoque da soda cáustica 96 uma suposta omissão de entradas de 5.000 kg e do produto soda 70 uma omissão de saída na mesma quantidade.

Exercício de 2002 – Aduz que o valor correto é R\$2.817,29, considerando somente as omissões de saídas ocorridas, sendo que o fiscal equivocou-se ao computar as omissões de entradas na soma total.

Em relação a infração 05, reitera que somente recebeu parte dos documentos que embasaram a autuação, não tendo recebido cópias das Notas Fiscais nºs 5145, 4902, 47138, 8111, 97554, 188187, 8549, 7325, 19943 e 2.

Em nova informação fiscal, folha 408, o autuante acata o argumento defensivo em relação a infração 01, exercício de 2002, reduzindo o valor para R\$ 2.817,29, conforme apontado pela defesa. Em relação ao exercício de 2001, diz que o autuado insiste em argumentos já analisados e não acatados na informação fiscal anterior.

Quão a infração 05, aduz que o autuado ignorar as correções feitas anteriormente e refere-se a notas fiscais não mais constante do levantamento.

O autuado em nova manifestação reitera os argumentos da impugnação anterior enquanto que o autuante, à folha 415, reafirmou sua informação fiscal anterior.

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 05 (cinco) infrações. Na peça defensiva, o autuado não impugnou a infração 04. Portanto, não existe lide em relação à referida imputação, restringindo-se às acusações 01, 02, 03 e 05 consignadas no Auto de Infração, as quais passo a analisar.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência do Pedido de Baixa do autuado, o qual não formalizou nenhum pedido de alteração cadastral, apenas solicitou baixa de sua inscrição estadual no Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia, conforme destacou o autuante. Por sua vez, o autuado não apresentou nenhuma prova de pedido de alteração cadastral junto à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, a não ser o pedido de baixa. Assim, o procedimento do autuante foi correto, pois ao proceder a auditoria em um contribuinte que solicitou baixa de sua inscrição

estadual, tendo apurado imposto devido, lavrou o Auto de Infração contra esse contribuinte, indicando a razão social constante no cadastro da SEFAZ Bahia.

Ademais, os adquirentes de qualquer empresa que seja contribuinte do ICMS, como é o caso em tela, têm conhecimento de que, além dos débitos tributários existentes, outros poderão ser constituídos dentro do prazo de 05 (cinco) anos. A responsabilidade tributária tem caráter objetivo. Determina o art. 121 do CTN que o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e neste caso é a pessoa indicada no presente auto de infração.

Vale salientar, que todo contribuinte é obrigado a manter os livros e documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária, conforme determinações contidas no inciso VII, do artigo 34, da Lei 7014/96, *in verbis*:

“Art. 34. São obrigações do contribuinte:

VII - manter os livros e documentos fiscais no estabelecimento, bem como as faturas, duplicatas, guias, recibos e demais documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária;”

Logo, se o contribuinte autuado foi incorporado por outra empresa, independentemente da razão social constante no Auto de Infração, esta nova empresa será a responsável pelo pagamento do tributo devido, não existindo nenhuma razão para se decretar a nulidade da autuação.

Acerca do pedido de perícia formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “b” do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Saliente que houve diversas revisões realizadas pelo próprio autuante, tendo reduzido o valor do imposto reclamado, sendo entregue cópias ao autuado dos novos levantamentos, tendo o autuado se manifestados por diversas vezes sobre os novos demonstrativos que foram sendo apresentados fruto das revisões fiscais no levantamento, restando poucos pontos de divergências entre o autuante e o autuado, estando todos os elementos necessários para decisão acostados aos autos, o que torna desnecessário o acatamento do pleito do autuado.

No mérito, na infração 01, o autuante imputa ao autuado a falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2001, 2002 e 2003), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas omitidas.

Em relação a este item do Auto de Infração, observo que houve diversas manifestações do autuado e do autuante, o qual acatou algumas alegações defensivas, com as quais concordo, tendo apresentado novo demonstrativo para a infração, folhas 360 a 364, apresentado novos esclarecimentos às folhas 392 e 393, manifestações e levantamentos que foram entregues ao autuado.

Apesar deste ter acatado diversas alegações defensivas, ainda, persiste lide em relação a alguns pontos, os quais foram reiterados na última manifestação do autuado, folhas 401 a 404, os quais, passo a analisar.

No Exercício de 2001, aduz que a Nota Fiscal nº 617 de saída de 10.150 kg de cloreto de potássio, foi indevidamente considerada na apuração do estoque do produto CAL HIDRATADO.

Este argumento defensivo não tem qualquer pertinência, uma vez que o referido produto não foi objeto de autuação no exercício de 2001.

Ainda em relação ao exercício de 2001, quanto ao estoque final do produto SODA 96, arguiu que deve ser retificado, pois no ano de 2001 controlava sem fazer distinção entre a movimentação dos subgrupos denominados soda cáustica 70 e soda cáustica 96. Entretanto, o autuante tratou individualmente cada um desses subgrupos. Ao assim proceder, ele equivocou-se ao considerar que o estoque inicial de 2001 do produto soda cáustica que se encontrava registrado no livro Registro de Inventário, no total de 5.000 kg, se referiria à soda cáustica 96, quando, na verdade, o saldo referia-se ao estoque do produto soda cáustica 70. Não foi por outro motivo que o autuante apurou no levantamento do estoque da soda cáustica 96 uma suposta omissão de entradas de 5.000 kg e do produto soda 70 uma omissão de saída na mesma quantidade.

Apesar do autuante não ter aceito o argumento defensivo, acolho o referido argumento, uma vez, que restou comprovado que a diferença encontrada pelo autuante é idêntica para os produtos, sendo uma omissão de entrada e a outra omissão de saída, folhas 394 e 395, comprovando o argumento apresentado, juntamente com o livro Registro de Inventário.

Logo, o débito relativo ao exercício de 2001, apurado pelo autuante na informação fiscal, no valor de R\$3.429,99, deve ser reduzido a importância de R\$1.143,49, referente ao produto soda cáustica folha, 394, resultando no valor devido de R\$2.286,50.

Em relação ao exercício de 2002, Aduz que o valor correto é R\$2.817,29, considerando somente as omissões de saídas ocorridas, sendo que o fiscal equivocou-se ao computar as omissões de entradas na soma total, fato que foi acatado pelo autuante em sua manifesta à folha 408, com a qual concordo.

Assim, a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$ 5.103,79, conforme abaixo:

EXERCÍCIO	ICMS DEVIDO
2001	2.286,50
2002	2.817,29
2003	5.167,16
TOTAL	10.270,95

Na infração 02, é imputado ao autuado o recolhimento a menos o ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Em sua peça defensiva o autuante alega que às operações ocorridas entre a autuada e a “PETROBRÁS DISTRIBUIDORA S/A”, relativas às Notas Fiscais nºs 60, 104, 284, 582, 659, 805, 856, 875, 1005, 1018, 1076, 1448, 1682, 1765, 1452 e 3137 e a “PETRÓLEO BRASILEIRO S/A”, Notas Fiscais nºs 2545 e 2547, posto que o IPI efetivamente não deveria integrar a base de cálculo do ICMS, com base na Constituição Federal, artigo 155, § 2º, inciso XI, além do § 2º do artigo, o qual estabelece que não integra a base de cálculo do imposto o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação realizada entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou às comercializações, configurar fato gerador de ambos os impostos.

Em relação a argüição de constitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Efetivamente os materiais objeto da autuação, não foram utilizados como matéria prima pelo destinatário, como alega o autuado, pois como salientou o autuante, trata-se de lama, ou componentes desta, para perfuração de poços de petróleo. Sendo um tipo de fluido utilizado no poço durante a perfuração que tem diversas finalidades, como: resfriar a broca; evitar o

desabamento do poço; consolidar formações frouxas (areis, cascalho); evitar a intrusão de água, óleo ou gás no poço; lubrificar etc, não se trata de um produto que sofra qualquer tipo de transformação, quando utilizado pelo destinatário, não gerando nenhum novo produto.

Ainda, como esclareceu o autuante, durante o processo é injetado um fluido na coluna de perfuração, que sai através de pequenos orifícios na broca, permitido remover pedaços de rocha e resíduos, o qual é posteriormente separado e retorna a sua utilização original, sendo meros coadjuvantes de extração de petróleo, sendo considerado como material de consumo, pois não se integra ao novo produto, nem é consumido imediatamente. Nesta situação, o IPI integra a base de cálculo do ICMS, conforme item 1 da alínea “c” do artigo 54 do RICMS/97, *in verbis*:

“Art. 54. No tocante aos acréscimos e aos descontos relativos ao valor das operações ou prestações, observar-se-á o seguinte:

I - incluem-se na base de cálculo do ICMS:

[...]

c) o valor do IPI:

1 - nas saídas efetuadas por contribuinte do imposto federal com destino a consumidor ou usuário final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte;”

Acolho o argumento defensivo em relação às Notas Fiscais Nº 2.324 e 2.801, emitidas para as empresas “COASTCAL BMCAL-4 LTDA.” e “HIGEP”, tendo sido recolhido aos cofres públicos o ICMS calculado sobre o IPI, uma vez que o próprio autuante, na informação fiscal reconheceu o alegado e excluiu os valores relativos às referidas notas fiscais.

Assim, a infração 02 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$10.482,19.

Na infração 03, é imputado ao autuado a 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.

O sujeito passivo ao impugnar a infração, alegou que houve equívoco do autuante ao transportar o valor da base de cálculo da planilha “Demonstrativo do Diferencial de Alíquota Devido” para o Auto de Infração. Indicou à alíquota de 17%, deixou de considerar o valor já pago pelo autuado e incluiu operações não tributáveis: 1- transferências de bens do ativo fixo entre estabelecimento do mesmo titular (Notas Fiscais nºs 6416, 6436, 878, 877, 8025, 9025, 8504, 7698, 1402, 4500, 7519, 7063, 8242, 8187, 7565, 7593, 7614 e 7983) e 2- Remessa por conta e ordem de terceiros, mediante Nota Fiscal nº 36013, referente a arredamento mercantil de equipamento de informática.

Na Informação fiscal o autuante reconhece que errou ao transportar os valores do demonstrativo de folhas 70 dos autos, pois lançou os valores da coluna “subtotais mensais” quando os valores corretos são os da coluna “a recolher”, opinando pela redução do valor para R\$21.522,66. Entendo que o procedimento do autuante em acatar a alegação defensiva foi o correto.

Quanto a aplicação da alíquota de 17%, apesar de constar no Auto de Infração, observei na planilha que embasa a autuação, que o autuante apurou corretamente o imposto devido, considerando a alíquota interna de 17% e abatendo a alíquota do estado de origem.

Quanto a alegação defensiva de que o imposto já teria sido pago, caberia ao autuado comprovar o efetivo recolhimento, o que não fez, apesar das diversas oportunidade que teve, manifestando várias vezes nos autos. Ressalto que o artigo 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. Saliento ainda, que analisando o papel de trabalho que embasou a infração, constatei que o autuante considerou diversos pagamentos efetuados antes da ação fiscal.

No tocante a alegação defensiva de que não é devida a cobrança da diferença de alíquota sobre transferência de bens do ativo imobilizado, a mesma não pode ser acolhida, pois a isenção do pagamento da diferença de alíquotas prevista no artigo 27 do RICMS/97, somente ampara as operações realizadas internamente no Estado da Bahia, entre estabelecimento do mesmo titular.

Relativamente a alegação defensiva de que deve ser excluído da infração o valor relativa ao arrendamento mercantil, entendo a razão assistir ao autuado, em conformidade com a determinação do inciso II do § 6º do artigo 563 do RICMS/97, devendo ser deduzido o valor de R\$ 286,15, relativo a Nota Fiscal nº 36013.

Assim, a infração 03 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$21.236,51, conforme abaixo:

DATA OCORR.	ICMS DEVIDO
31/01/01	0,18
28/01/01	0,00
31/03/01	0,00
31/07/01	1.856,49
31/10/01	3.431,46
31/08/02	545,09
30/09/02	0,00
30/11/02	306,82
31/12/02	0,00
28/02/03	3.707,43
31/03/03	90,00
31/05/03	465,98
30/06/03	798,12
31/08/03	9.598,49
30/11/03	436,45
TOTAL	21.236,51

Na infração 05 é imputado ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, referente às notas fiscais obtidas no sistema CFAMT.

Em sua defesa o autuado diz não conhecer às operações e solicita cópia das notas fiscais.

Analizando os elementos que instruem o PAF, constatei que o auditor, com base nas vias das notas fiscais do CFAMT, realizou um confronto com os registros constantes no livro Registro de Entradas do autuado, tendo apurado a falta de registros de diversas notas.

Desta situação, determina o art. 2º, inciso § 3º, III, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que se presume a ocorrências de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados.

Logo, entendo que o procedimento do auditor autuante ocorreu em conformidade com a legislação vigente, pois ficou comprovado que no período da autuação diversas notas não foram registradas.

Saliente que o autuado ao prestar a informação fiscal acostou parte das notas fiscais objeto da infração, tendo o autuado recebido cópia.

Entretanto, o valor da infração deve ser reduzido, uma vez que o autuante, quando a informação fiscal, acostou parte das notas fiscais, não comprovando todo o valor reclamado no Auto de Infração. Sem a juntada das vias das notas fiscais aos autos, não é possível manter a autuação em seu valor integral, ficando a infração em tela parcialmente caracterizada em R\$3.359,06, uma vez que a presunção é de saídas anteriores não tributadas, conforme abaixo:

DATA OCORR	NÚMERO DA NF	VALOR	ALÍQUOTA %	ICMS DEVIDO
31/1/2001	5.167	12.862,47	17	2.186,62
31/5/2001	542.644	1.153,04	17	196,02
31/5/2001	542.645	3.507,65	17	596,30
31/1/2002	3.974	1.750,00	17	297,50
31/7/2002	12.398	486,00	17	82,62
TOTAL				3.359,06

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$40.739,74, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	ICMS DEVIDO
1	10.270,95
2	10.482,20
3	21.236,51
4	272,04
5	3.359,06
TOTAL	45.620,76

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087461.0006/06-6, lavrado contra **M-I DRILLING FLUIDS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 45.620,76, acrescido das multas de 60% sobre R\$31.990,74 e de 70% sobre R\$13.630,01, previstas no art. 42, II, “a” e “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 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, 18 de setembro de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR