

A. I. N ° - 206930.0003/07-0  
AUTUADO - KLUBER LUBRICATION LUBRIFICANTES ESPECIAIS LTDA.  
AUTUANTE - NIWTON DE BARROS MACEDO  
ORIGEM - SAT/COPEC  
INTERNET - 05. 08. 2008

1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0253-01/08

**EMENTA. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Fato não contestado. Infração subsistente. **b)** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APURAÇÃO. EXCLUSÃO DO IMPOSTO DE SUA PRÓPRIA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS E FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. A base de cálculo do imposto nas operações de vendas de lubrificantes para uso ou consumo é o valor da operação, sendo que integra esta base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, bem como ficou caracterizado a falta de recolhimento do ICMS através do Regime de Substituição Tributária. Infração não elidida. Não acolhidas as arguições de decadência nem, tampouco, de constitucionalidade de dispositivos da legislação tributária baiana. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 19.12.2007, traz a exigência do ICMS, no valor de R\$ 76.680,26, acrescido de multa, conforme infrações a seguir imputadas:

Infração 01 - deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta que o contribuinte reteve corretamente o ICMS, porém efetuou o recolhimento a menos, conforme demonstrativo anexo (doc. fl. 07/08), cuja cópia foi enviada ao contribuinte via AR. ICMS no valor de R\$ 1.427,25, acrescido de multa de 150%, relativo a abril/2003;

Infração 02 - procedeu à retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Consta que o contribuinte efetuou a retenção a menos de ICMS, referente vendas de lubrificantes derivados de petróleo para consumo de contribuintes, sem a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, como também deixou de efetuar a retenção para alguns contribuintes, conforme demonstrativos anexos (Docs. fls. 09/50), cuja cópia foi enviada ao contribuinte via AR. ICMS no valor de R\$ 75.253,01, acrescido de multa de 60%, relativo ao mês de janeiro a dezembro de 2002 e janeiro a dezembro de 2003.

O autuado, às fls. 57 a 78, apresenta impugnação, reconhecendo a procedência da infração 01 e alegando a decadência dos valores referentes ao exercício de 2002 da infração 02. Entende que o direito do fisco em constituir o crédito tributário encontra-se obstado pelo decurso temporal. Buscando reforçar sua tese, recorre ao disposto nos art.s 150, § 4º e 156, V, do CTN, para ressaltar o prazo de cinco anos (que tem o fisco) para que efetue expressamente a homologação do lançamento,

hipótese que entende não ter ocorrido, lembrando ainda o caráter do tributo (lançamento por homologação), no qual, o particular produz uma norma individual e concreta, a qual deverá conter todos os elementos determinantes da obrigação tributária, a fim de tornar possível a cobrança da exação, apontando ainda os estudos dos Doutrinadores Paulo de Barros Carvalho e Eurico Marcos Diniz de Santi. Segundo o autuado, o direito do fisco em efetuar o lançamento, estaria indisponível já no momento da lavratura do auto de infração, colaciona entendimento do STJ ao apreciar a decadência em casos de ISS (RESP 29828/SP).

Defende que, desta forma, por ter ocorrido a notificação do lançamento em 27 de dezembro de 2007, ocorreria a extinção do crédito tributário, que corresponde aos meses de janeiro a dezembro/2002, por ter, ao seu sentir, ultrapassado o prazo decadencial de 5 (cinco) anos para que o fisco procedesse a homologação expressa, operando desta forma, a homologação tácita, que entende presente no caso em exame, e a extinção do direito da fiscalização de constituir o suposto crédito tributário. Razão pela qual afirma que a pretensão de cobrança dos supostos créditos tributários, relativos ao período de janeiro a dezembro de 2002 é indevida haja vista a decadência.

Passa a argumentar sobre a base de cálculo do ICMS-ST nas operações com lubrificantes, apontando os dispostos nos art. 146, III, “a”; 155, § 2º, XII, alíneas a, b e i da CF/88; e LC 87/96, art. 13, VIII, § 1º, I, para ressaltar que a base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais com lubrificantes, em tese deveria corresponder ao valor da operação de que decorre a entrada, devendo integrá-la o montante do próprio ICMS, além dos custos referentes ao frete, seguro e demais despesas cobradas ou debitadas do destinatário, asseverando entretanto que, a mesma LC, ao dispor sobre o regramento do regime de substituição, definiu regra especial de apuração da base de cálculo do ICMS devido nas operações sujeitas à esta sistemática, como nas operações com lubrificantes ora comentadas, apontando o art. 8º, II, da mesma, para inferir que, as operações subseqüentes submetidas a este regime devem compreender em sua base de cálculo os valores correspondentes ao da própria operação, além daqueles referentes ao seguro, frete e demais encargos cobrados ou transferidos aos destinatários e o valor referente à margem de valor agregado, inclusive o lucro, relativa a estas operações, excluindo-se neste caso, da base de cálculo do ICMS a ser recolhido, o montante do próprio imposto, nos casos específicos de substituição.

Lembra que o Convênio ICMS nº 03/99, fora celebrado entre os Estados com a finalidade de disciplinar a sistemática da substituição tributária nas operações realizadas com combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo. Ressaltando que, de acordo com a cláusula primeira deste convênio, ficam os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários das operações realizadas com estes produtos, autorizados a atribuir, ao remetente, a condição de substituto do ICMS devido em virtude das operações realizadas a partir das saídas por ele promovidas até a última, devendo o imposto ser recolhido para o Estado no qual estiver localizado o destinatário.

Desta forma, argumenta que, no caso em questão, a impugnante figura meramente como responsável tributária pelo ICMS devido por terceiros nas etapas subseqüentes.

Consigna que o Convênio ICMS nº 03/99, ao determinar a base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais com lubrificantes, desde que não destinados à comercialização ou industrialização e que não tenham sido submetidos à substituição tributária nas operações anteriores (tal qual a situação enfrentada no presente caso), estabelece expressamente que o ICMS-ST devido deverá ser calculado exclusivamente sobre o valor da operação, assim entendido o preço de aquisição do destinatário. Concluindo que, seguindo este viés, de acordo com o aludido Convênio, a base de cálculo do ICMS-ST será, em linhas gerais, o valor realmente pago pelo destinatário na aquisição dos lubrificantes, não sendo permitida a inclusão de quaisquer outros valores que de alguma forma não integraram o valor da operação própria do remetente (a impugnante, no caso), visando reforçar sua alegação aponta julgados do STJ, a respeito do caso, (Resp 115472/ES, Resp 777730/RS, RMS 23502/SE, Resp 7409000/RS.).

A impugnante passa a traçar os conceitos de industrialização para fins de aplicação no regime de antecipação tributária, alegando que o art. 2º, §1º, II, da LC 87/96, amparada na disposição do art. 155, § 2º, X, “b, e XII, “h”, da CF/88, estabeleceu expressamente a incidência do ICMS sobre as entradas de lubrificantes no território do Estado do destinatário nas hipóteses em que não sejam destinados à comercialização ou industrialização, devendo o imposto ser recolhido em favor dos cofres do Estado em que estiver localizado o adquirente. Concluindo que apenas as operações que destinem lubrificantes a consumidores finais estão sujeitas à substituição tributária, não se submetendo a tal sistemática as operações que tiverem como destinatários estabelecimentos industriais ou comerciais, aponta os ensinamentos de Hugo de Brito Machado, e o entendimento do STJ (RE nº 198.088/SP), ao apreciar caso análogo.

Afiança que, no caso em questão, se observa patente a regularidade do procedimento adotado pela Impugnante, que no seu entendimento, nas operações autuadas adotou como premissa lógica e correta, a partir de informações dos destinatários, que os lubrificantes seriam industrializados. Sustenta sua alegação afirmado que as operações foram realizadas com estabelecimentos que de fato integraram os lubrificantes aos produtos finais decorrentes de suas atividades industriais, fato que, no seu entendimento, acabou por recolocar tais lubrificantes na cadeia comercial, sujeitando-os novamente, ainda que de maneira indireta, à tributação pelo ICMS.

Desta forma, considera que os adquirentes baianos, dos lubrificantes remetidos pela impugnante são, principalmente, estabelecimentos industriais que utilizam os lubrificantes não para consumo em seu processo produtivo, mas para integrá-los ao produto final resultante deste processo. Nesta esteira, afirma que a fiscalização demonstrou despreparo ao afirmar, no auto de infração, que os destinatários localizados na Bahia são consumidores finais dos lubrificantes. Não é este, entretanto, o destino dado aos lubrificantes por seus adquirentes baianos.

Diz que, para fins tributários, o conceito de industrialização deve ser entendido como sendo o resultado da subsunção ou da integração de determinados produtos a processos em que são aplicadas as técnicas e procedimentos industriais. Não podendo, pois, ser entendido apenas como a atividade que recai sobre determinado bem ou produto para resultar no mesmo produto apenas modificado. Busca exemplificar sua alegação, apontando o art. 46, parágrafo único, do CTN, que definiu a industrialização, para os efeitos do IPI, como sendo toda e qualquer operação a partir da qual os produtos a ela submetidos tenham sido modificados na sua natureza ou finalidade, ou tenham sido aperfeiçoados para consumo. Ressalta que, embora ontologicamente associado ao IPI, o conceito de industrialização estaria assentado em fundamentos próprios e bem determinados pela ordem jurídica, o que justificaria sua adoção no campo do direito tributário brasileiro.

Argumenta que a industrialização na modalidade transformação deve alcançar toda e qualquer mercadoria que tenha como destino o processo produtivo de determinada empresa, dele participando, ora como item que irá agregar o produto final (matéria-prima, embalagem etc.), ora como item auxiliar, imprescindível ao processo, que não necessariamente mantenha contato com o produto em elaboração e que ao final de sua participação neste processo, agregue ou não o produto final.

Infere que, por seu turno, a montagem restará configurada nos casos em que, mediante a reunião de partes, produtos e demais componentes, mecanismos ou dispositivos, às vezes independentes entre si, se configure um produto novo, de utilidade autônoma e operacional ainda que sob a mesma classificação fiscal. Concluindo que, desta forma, o produto submetido à industrialização na espécie montagem, estará, no seu entendimento, obrigatoriamente agregado ao produto final resultante deste processo.

Observa que a fiscalização presumiu que a totalidade dos produtos remetidos para o Estado da Bahia se destinou ao uso e consumo dos destinatários e não a sua industrialização, o que afirma ter ocorrido com o produto, concluindo que, por se tratar de lubrificantes especiais, e levando em conta

as atividades dos seus respectivos destinatários, estaria claramente demonstrado que as mercadorias remetidas destinaram-se a industrialização, e não ao consumo.

Argumenta, em sua defesa, que, sem comprovar nos autos a efetiva destinação das mercadorias remetidas, o fisco, ilegitimamente pretendeu exigir imposto decorrente de operação com natureza diversa daquela realizada pela impugnante, posto que, baseado na presunção de que todas as mercadorias destinavam-se ao uso e consumo dos destinatários. Observa que por se tratar de atos vinculados, o agente administrativo está obrigado a agir de acordo com o que determina a legislação que trata da matéria, não lhe cabendo margem de discricionariedade quanto ao modo de apreciação dos fatos apurados, o que entende ter havido no caso em tela.

Para a impugnante a Fiscalização, na qualidade de aplicadora da lei, não poderia presumir a ocorrência de fato descrito como hipótese de incidência, vez que, a atividade de lançamento é vinculada, ato que, entende por violado as disposições do artigo 142, do CTN.

Afirma que é pacífico o entendimento segundo o qual, a atividade administrativa do Fisco não comporta a presunção. Conclui que é do Fisco o ônus da prova. Para basear sua tese, recorre aos ensinamentos de Ricardo Mariz de Oliveira, Geraldo Ataliba e James Marins.

Alega que, no presente caso, o fisco não teria comprovado que as mercadorias remetidas destinavam-se ao uso e consumo dos destinatários, autuando a impugnante para exigir o ICMS sobre a totalidade das operações verificadas, presumindo-se que nenhuma das mercadorias destinava-se à industrialização dos destinatários. Desta forma, considera ser evidente que a atividade desempenhada pelos adquirentes dos produtos (lubrificantes), em questão, devem recair, segundo a impugnante, ainda que indiretamente, sobre tais produtos, que seriam utilizados como insumos do processo industrial, fato que impede o fisco de considerar estas operações como sendo destinadas a consumidores finais e exigir da impugnante quaisquer valores a título de ICMS-ST, aponta entendimentos do STJ (RMS 17483/RJ e AgRg no Resp 265427/ RJ).

Conclui sua impugnação requerendo a improcedência da parte impugnada, cancelando-se sua exigência.

O autuante apresenta a informação fiscal (fls. 150 a 157), afirmando, em relação às argumentações de defesa sobre a decadência, que não assiste razão ao autuado, já que o auto de infração fora lavrado em 19/12/07, compreendendo o período de Janeiro a Dezembro/2002, cujo prazo decadencial ocorreria em 31/12/2002. Consigna que tal entendimento já está pacificado na jurisprudência dos tribunais superiores, assim como em reiteradas decisões do CONSEF e do STJ, seguindo o entendimento de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário não tem seu início com a ocorrência do fato gerador, mas sim, depois de cinco anos contados do exercício seguinte àquele em que foi extinto o direito potestativo da Administração em rever e homologar o lançamento, (RESP 198631 / SP, 1998/0093273-9).

Em referência à inclusão indevida do ICMS na Base de cálculo do ICMS ST, no período de Janeiro a Dezembro/2003, contesta as razões de defesa da impugnante afirmando que, quanto a LC 87/96, apenas delimitou o alcance da tributação do ICMS, e atribuiu competência aos Estados para legislar através das Leis Estaduais, o que se verifica nos dispositivos dos artigos 6º e 9º da citada Lei.

Ressalta que a LC 87/96 não detalha os procedimentos de cálculos dos impostos específicos para os inúmeros produtos, mercadorias e serviços sujeitos ao ICMS, lembrando que esses detalhamentos ficam a cargo das Leis Estaduais, as quais não ultrapassam os limites determinados pela comentada LC.

Desta forma, reporta-se à pertinência da Lei nº 7.014/96, (Lei Estadual que trata do ICMS no Estado da Bahia), apontando a disposição do art. 17, XI, e § 1º, I, para afirmar que, a base de cálculo do imposto nas operações de vendas de lubrificantes para consumo é o valor da operação, sendo que integra esta base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera

indicação para fins de controle. Motivo que o faz afirmar haver existência de amparo legal para a exigência tributária. Busca fortalecer seus argumentos, colaciona decisões do CONSEF, notadamente os julgados nº N°0142-11/04 e 0048-05/05).

Afirma ainda que, por força do artigo 155, § 2º, X, “b”, da CF/88, não incide o imposto na saída da mercadoria derivada de petróleo, mas incide sim o ICMS na entrada junto ao Estado de destino e esse fato gerador (a entrada de derivado de petróleo para uso e consumo) é afeto ao Adquirente da mercadoria. Motivo pelo qual, entende estar a impugnante, qualificada como Contribuinte Substituto Tributário Interestadual (substitui o adquirente na retenção e recolhimento do ICMS-ST), e tendo o regime da Substituição Tributária o objetivo premente de alcançar a última operação, considera que, nada mais correto o Substituto Tributário, nas operações de vendas para uso e consumo (última operação), incluir o ICMS na composição da base de cálculo do imposto (ICMS-ST do Estado de destino).

Conclui que o preço de aquisição pelo destinatário, previsto na Cláusula Quarta do Convênio ICMS 03/99, apontada pelo autuado, deveria englobar o ICMS-ST do Estado de destino, imposto este, calculado com a inclusão do ICMS na base de cálculo, conforme determinação legal, que afirma ter sido, efetivamente, esclarecido por ele (o Autuante), motivo pelo qual, afirma inexistir justificativa legal para as alegações do autuado.

Infere que, em referência as alegações de exigência fiscal indevida pela falta de retenção do ICMS-ST, quanto à alegação de que os produtos foram destinados para serem utilizados no processo de industrialização dos adquirentes, considera o autuante que só teria legitimidade para informar corretamente a destinação do produto o “Adquirente Industrial”, através de correspondência, para que a referida retenção não fosse efetuada, assumindo, assim, a responsabilidade do pagamento do imposto no caso de o destino ser diverso do informado. O autuante recorda ainda que o contribuinte fora intimado a apresentar correspondências destes destinatários contendo a informação de que o produto seria intermediário, ou utilizado como matéria prima, ressalta que os contatos foram feitos via e-mail com o autuado, e que o mesmo, enviou resposta afirmando apenas que não recebeu as informações requeridas dos seus clientes.

Por tais motivos, o autuante reputa por inverídica a alegação de que o material se destinaria à industrialização, ressaltando que a próprio autuado, em sua defesa (fl. 72), alega que a GERDAU seria um dos principais clientes que utiliza o seu produto como material secundário, mesmo assim efetuou no mês de julho/2002, retenção de ICMS para a referida empresa, apontando as NF's 128.790 e 129.634 de 11/07/02 e 23/07/02 (fl. 16), para comprovar sua afirmação, o que confirmaria o entendimento equivocado do autuado.

Conclui sua informação fiscal requerendo julgamento de procedência do auto de infração em sua integralidade.

## VOTO

O Auto de Infração, em combate, traz a exigência de duas infrações: a primeira imputa ao autuado a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia; a segunda imputa ao autuado a retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia, bem como a falta de retenção do ICMS substituição tributária nas vendas interestaduais de lubrificantes derivados de petróleo, destinadas a uso ou consumo dos adquirentes no Estado da Bahia.

Fica consignado, preliminarmente, que o autuado reconhece o cometimento da infração 01. Assim, visto que não há óbices quanto a sua legalidade, considero a imputação subsistente.

O impugnante, albergado no que dita o §4º do art. 150 da CTN, entende que os fatos geradores ocorridos entre janeiro a dezembro de 2002, foram alcançados pela decadência, não havendo, assim, mais obrigação quanto a esses créditos tributários. Essa questão, através de inúmeros acórdãos, é plenamente pacificada neste CONSEF. A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Por tal razão, a decadência dos fatos relativos aos meses do exercício de 2002, acima alinhados, somente se operaria posterior ao dia 31/12/2007. Ocorre que a ciência do Auto de Infração, foi em 26/12/2007, conforme AR à fl. 56 dos autos. Sendo assim, não há o que se falar em decadência, não prosperando, portanto, os argumentos defensivos.

Quanto à inclusão indevida do ICMS na Base de cálculo do ICMS ST, no período de Janeiro a Dezembro/2003, o autuado se insurge alegando não é cabível essa infração, pois entende que o ICMS não deve ser incluído da base de cálculo da ST.

Há de se considerar, inicialmente, que na dicção do art. 155, § 2º, X, “b”, da CF/88, não incide o ICMS sobre operações que destinem a outros Estados, petróleo, inclusive lubrificantes, combustíveis líquidos e gasosos dele derivados (e energia elétrica), contudo, esse imposto incide no Estado de destino na entrada desses produtos para uso e consumo, que através do regime de substituição tributária regulado pelo Conv. 03/99, é atribuído ao autuado a condição de Substituto Tributário para retenção e recolhimento desse devido imposto.

Destarte, com arrimo no acima disposto, é que o impugnante está no pólo passivo dessa relação jurídico-tributária como Responsável por Substituição Tributário Interestadual - substituído o adquirente na retenção e recolhimento do ICMS-ST. É importante registra, em consonância com as afirmações do autuante, que o regime da Substituição Tributária almeja alcançar a última operação de circulação da mercadoria. Assim, nada mais coerente que nas operações de vendas para uso e consumo (última operação), seja incluído o ICMS na composição da base de cálculo do imposto.

É importante lembrar que a Constituição Federal não desce ao detalhe quanto à forma de cálculo do ICMS. Reservou este procedimento à legislação infraconstitucional.

Neste sentido determina a Lei Complementar 87/96:

*Art. 13. A base de cálculo do imposto é*

*.....*  
*§ 1º Integra a base de cálculo do imposto*

*I - o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle;*

O art. 8º, dessa mesma Lei, em seu inciso II, alínea “b”, não contempla o disposto no §1 do art. 13, acima transscrito, pois o que o primeiro dispositivo prevê (art. 8º) é uma situação de comercialização, onde a margem de valor agregada já traz a incorporação do imposto. A situação sob apreciação é diferente, pois não há tributação na operação interestadual, conforme disposição constitucional, cabendo, portanto, para exigência do imposto na entrada do Estado destinatário, a inclusão do ICMS em sua própria base de cálculo, conforme previsão do art. 13 da LC 87/96.

O preço de aquisição pelo destinatário, previsto na Cláusula Quarta do Convênio ICMS 03/99, apontada pelo autuado, deveria englobar o ICMS-ST do Estado de destino, imposto este, calculado com a inclusão do ICMS na base de cálculo, visto que a Lei nº 7.014/96, (Lei Estadual que trata do ICMS no Estado da Bahia), em seu do art. 17, XI, e § 1º, I, determina que a base de cálculo do imposto

nas operações de vendas de lubrificantes para consumo é o valor da operação, sendo que integra esta base de cálculo o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, havendo, portanto amparo legal para a exigência tributária.

Quanto às decisões Judiciais, apesar das relacionadas pelo autuado, apresento o Acórdão onde bem definiu o Ministro José Delgado no Resp nº 86.653/SP - citado pela Ministra Eliana Calmon (2ª Turma do STJ) ao prolatar sentença no Recurso Especial nº 222.140 – SP (1999/00596637-4) -, que a base de cálculo nas operações mercantis é o valor de que decorrer a saída da mercadoria, porém neste valor deve estar incluso “o universo monetário tributado, ainda que incluso a carga fiscal que onere o preço da mercadoria posta à disposição comercial”.

Assim, verifica-se, com amparo, inclusive, em outros julgados desse CONSEF (0142-11/04 e 0048-05/05) que o ICMS é um imposto “por dentro”, ou seja, o seu montante integra a própria base de cálculo, ao contrário do IPI, cabendo a inclusão do montante do próprio imposto na base de cálculo do ICMS nas operações interestaduais de vendas de lubrificantes para consumo. Razão pela qual considero subsistente tal exigência.

Em relação às alegações de que a exigência fiscal, pela falta de retenção do ICMS-ST, é insubstancial, haja vista que os produtos foram destinados à industrialização dos adquirentes, considero caber razão ao autuante, pois após constatar que pelo tipo de produto e adquirente não seriam destinados a industrialização, o mesmo intimou o contribuinte a apresentar as devidas confirmações de suas alegações, ou seja, de que o produto era destinado a industrialização. O impugnante, segundo suas informações, enviou correspondências aos seus clientes pedido a confirmação de que o produto seria intermediário, ou utilizado como matéria prima, conforme os e-mail acostados aos autos às fls. 158 a 160. O impugnante responde, inclusive, ao autuante, através do e-mail à fl. 160, afirmado que os seus clientes não enviaram nenhuma resposta em relação à aludida solicitação do autuante, bem como lhe resta, de posse do Auto de Infração, continuar solicitando aos seus clientes as informações, almejando possível impugnação do lançamento.

O autuante lembra que o impugnante alega ser a GERDAU um dos principais clientes que utiliza o seu produto como material secundário, mesmo assim, conforme anota o autuante, efetuou no mês de julho/2002, retenção de ICMS para a referida empresa, conforme as NF's 128.790 e 129.634 de 11/07/02 e 23/07/02 (fl. 16).

Considerando os elementos trazidos aos autos, bem como as amplas condições fornecidas pelo autuante para que o impugnante demonstrasse que efetivamente os produtos foram destinados à industrialização e não para uso ou consumo, considero subsistente essa exigência.

Cabe consignar que, apesar de o autuante ter consolidado em uma única exigência as infrações por diferença de base de cálculo e falta de recolhimento do ICMS, através do regime de substituição tributária, esse fato não trouxe ao impugnante qualquer restrição ou impedimento para o exercício da ampla defesa, haja vista a perfeita compreensão que demonstrou das infrações que lhe foram imputadas, bem como as enfrentou de forma segmentada, detalhado os aspectos que entendeu ser pertinentes impugnar.

Fica, por fim, assinalado que em relação às alegações de inconstitucionalidades este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206930.0003/07-0, lavrado contra **KLUBER LUBRICATION LUBRIFICANTES ESPECIAIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$76.680,26**, acrescido das multas de 150% sobre R\$1.427,25 e de 60% sobre R\$75.253,01, previstas no art. 42, V, “a”, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 23 de julho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR