

PROCESSO - A. I. N° 207103.0002/07-9
RECORRENTE - BASF S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0237-01/08
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 19/06/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0143-11/09

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. É irrelevante o fato de a saída de mercadorias, utilizadas como material de uso e consumo, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, não ser passível de tributação pelo ICMS no Estado de origem, como alega o recorrente. Exigência subsistente 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal de material de uso e consumo. Exigência subsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO RETIDO. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª JJF - Acórdão JJF nº 0237-01/08, que julgou o Auto de Infração Procedente, o qual foi lavrado para exigir o valor de R\$158.227,45, em razão de nove ocorrências, sendo objeto do Recurso Voluntário as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 2 - deixou de recolher ICMS, no valor de R\$19.031,11, acrescido de multa de 60%, decorrente da diferença de alíquotas nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, relativo aos exercícios de 2003 a 2005;

INFRAÇÃO 3- utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$53.408,26, acrescido de multa de 60%, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos exercícios de 2003 e 2004;

INFRAÇÃO 6 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$39.330,04, acrescido de multa de 60%, referente às mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, porém se tratam de mercadorias alheias à atividade da empresa ou imóvel por acessão física, relativo aos exercícios de 2003 a 2005;

INFRAÇÃO 8 - deixou de recolher ICMS retido, no valor de R\$12.714,12, acrescido de multa de 150%, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, nos meses de junho/2003, setembro, outubro e dezembro/2004, janeiro a abril, junho, setembro a novembro/2005. Consta que a Basf nas aquisições das prestações sucessivas de serviços de transportes interestaduais, junto às transportadoras Golden Cargo, Rápido 900, Ouroverde, Transportadora Cavalinho, revestida na condição de contribuinte substituto, reteve os respectivos ICMS, porém os recolheu a menos.

A Decisão recorrida julgou as infrações: 1, 4, 5, 7 e 9 Procedentes, por ter o autuado reconhecido as referidas exigências tributárias. Quanto às demais infrações a JJF consignou as seguintes razões:

Preliminarmente, verificou presentes os pressupostos de validação do Auto de Infração, nos termos do artigo 18, incisos, parágrafos e alíneas do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Quanto ao pedido de perícia, a JJF decidiu pela desnecessidade da sua realização para o deslinde do feito, pois, entendeu o órgão julgador que os questionamentos técnicos e fáticos suscitados pelo autuado, especialmente os relativos aos materiais de uso e consumo e demais itens relacionados nos quesitos, estão perfeitamente documentados e esclarecidos, através dos elementos trazidos aos autos e pela legislação do ICMS. Assim, a JJF indeferiu o pedido de perícia, com amparo no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito, no tocante à infração 2, aduziu a JJF que, o fato da legislação do Estado de São Paulo (art. 7º, inc. XV, do RICMS/SP) contemplar a não-incidência do ICMS nas transferências internas e interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, como alega o autuado, não afasta a exigência do pagamento da diferença de alíquotas no momento da entrada de seu estabelecimento, localizado no Estado da Bahia, de mercadorias ou bem originários de outra unidade federativa, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, nos exatos termos do art. 5º, I, do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 6284/97. Assim, segundo a Decisão recorrida, não há na legislação tributária baiana dispositivo que obste tal exigência ou mesmo dispositivo similar ao disposto no aludido ato normativo do Estado de São Paulo.

Ainda em relação à segunda infração, foi consignado que as Notas Fiscais nºs 90288, 93109, 102735, 109002, dos respectivos meses: janeiro, fevereiro, maio e julho/2003, não seriam materiais em transferências e sim aquisições interestaduais de materiais (dispersantes, anti-corrosivos), que o autuado não recolheu a diferença de alíquota. Diante do exposto, foi julgada totalmente subsistente a infração 2.

Referentemente à infração 3, aduz a JJF que ficou demonstrado que os produtos - matérias dispersantes e anti-corrosivos, Nalco -, são para uso ou consumo da empresa, conforme, inclusive, Decisão proferida nos Acórdãos nºs 0450-01/05 e 0295-11/06, relativos à mesma empresa em períodos anteriores. Registra que o Nalco é produto utilizado no tratamento de água de refrigeração, assim como o Kurizet e Dearborn, também alvos da aludida Decisão. Já o hipoclorito de sódio e soda cáustica são materiais utilizados no tratamento de efluentes, os quais servem apenas para adequar os efluentes à legislação ambiental. Por fim, o nitrogênio serve para purga de equipamentos. Assim, concluiu a JJF que, pela descrição da utilização destes materiais no processo industrial, verifica-se que a natureza de cada um indica que não foram utilizados no processo produtivo e consumidos a cada etapa de produção como elemento integrado e indispensável ao produto final.

Com relação ao produto hipoclorito de sódio, consigna o órgão julgador que também existe decisões neste CONSEF, tal como o Acórdão da 6ª JJF nº 1215, referendado pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão nº 1344/00, no sentido de que tal produto é utilizado como material de uso e/ou consumo, fato inclusive confirmado em revisão fiscal naquele processo. Por fim, salienta a JJF que o autuado limitou-se a afirmar que os produtos, alvo da exigência da infração 3, fazem parte da etapa produtiva de produtos por ele comercializados, restando maiores elementos de prova para oferecer substância a sua contestação.

Inerente à infração 6, aduz a JJF que ficou demonstrado, pelos autuantes, que as mercadorias adquiridas, lançadas na escrita fiscal/contábil com o CFOP 2551 (compra de bens para o ativo imobilizado), tratam-se de peças de reposição caracterizadas como materiais de uso e consumo, ou constam também materiais para limpeza, utilizados na limpeza das instalações e

equipamentos, bem como aquisições de bens para o ativo que foram alocados em centros de custos diversos daqueles relacionados com os setores de produção. Registra a Decisão recorrida que, apesar de alegar, o autuado não comprova os planos de ampliação que abrigariam os materiais listados no PAF, concernentes aos ativos. Assim, considera subsistente a infração 6.

Por fim, quanto à infração 8, consigna a JJF que a documentação apresentada na impugnação não elide a exigência, vez que não indicam que a apuração efetuada pelos autuantes fora incorreta, ou mesmo que os valores exigidos foram efetivamente recolhidos. Salienta o órgão julgador que os relatórios de fretes, fornecidos pela empresa (anexados ao PAF às fls. 822, 823, 830, 840, 855, 860, 876, 888, 921, 922, 943), comparado com os CTRC e os DAE's de recolhimentos do ICMS, resulta, conforme apuração dos autuantes, no recolhimento a menos do ICMS, ora exigidos.

Ressalta a JJF que, para demonstrar as suas afirmações os autuantes exemplificam períodos junho/2003 – Nota Fiscal nº 2033 da Empresa Santana, fl. 826 do PAF, R\$2.613,80, 5%, ICMS R\$130,69; CTRC 83852 da Golden Cargo, fls. 821, BC R\$158,31, 12%, ICMS R\$19,00; CTRC 26741 da Rápido 900, fl. 821, valor R\$3.900,00, com redução de 20%, por ser a transportadora optante do crédito presumido, a BC R\$3.120,00, ICMS de R\$374,40, totalizando o ICMS a recolher R\$524,09, enquanto o ICMS recolhido foi de R\$130,69, fl. 823 do PAF, resultando no recolhimento a menor do imposto de R\$393,40. Assim, alinhadas estas considerações, concluiu a JJF pela subsistência da infração 8.

Intimado a tomar ciência do julgamento proferido através do Acórdão JJF nº 0237-01/08, em 28/07/2008, o sujeito passivo, em 18/08/2008, apresenta Recurso Voluntário, o qual foi considerado intempestivo, do que foi novamente intimado para efetuar, no prazo de trinta dias, o pagamento do débito, como também para se manifestar, no prazo de dez dias, sobre o arquivamento do seu Recurso Voluntário.

Às fls. 1.129 a 1.159 dos autos, o contribuinte apresenta sua Impugnação ao Arquivamento do seu Recurso Voluntário, onde reitera todas as suas alegações apresentadas em sua defesa, noticiando que protocolou tempestivamente, via correios (SEDEX), o aludido Recurso Voluntário, tendo, contudo, a correspondência retornado com a indicação de que faltou inserir no envelope à qual órgão ou setor a correspondência era dirigida. Assim, diante do ocorrido, protocolou novamente o Recurso Voluntário, sob a expectativa de que comprovado neste último o protocolo inicial e tempestivamente realizado, fosse aquele recebido, processado e julgado.

Da análise da Impugnação ao Arquivamento do Recurso Voluntário, às fls. 1.217 e 1.218 dos autos, se concluiu que se deve ser considerada a data da primeira postagem e não a data do recebimento do Recurso Voluntário, levando-se em conta: 1º) que a devolução do SEDEX ao remetente foi efetuada pelos Correios, mesmo constando no envelope de remessa o endereço para onde são remetidas regularmente as correspondências dirigidas ao CONSEF; 2º) que o ato processual de defesa e/ou recurso deve ser considerado em conformidade com os princípios processuais da informalidade e da economicidade e, portanto, válido e eficaz, pois seria mais oneroso para o representante do sujeito passivo se deslocar de São Paulo para Salvador, para protocolar, no prazo exígido de dez dias, a petição contendo o apelo empresarial. Assim, o Parecer foi pelo provimento do pedido, de forma que o processo fosse distribuído para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, o que foi assentido pela Presidente deste colegiado.

Em seu Recurso Voluntário, às fls. 1.170 a 1.199 dos autos, preliminarmente, o sujeito passivo arguiu a nulidade da Decisão recorrida, sob o entendimento de que, ao indeferir a pleiteada prova pericial, a autoridade administrativa julgadora violou os consagrados princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, vez que esta perícia seria essencial para o deslinde da lide.

Aduz que, a negativa de produção de prova pericial, ofende o princípio da ampla defesa, tendo em vista que o recorrente não pode efetuar, com a devida presteza a sua defesa em sede administrativa, o que por si só enseja na baixa dos autos em diligência, anulando-se o julgamento perpetrado de forma arbitrária, o que desde já se requer.

No mérito, quanto à exigência consignada na infração 2, salienta que, no Estado de São Paulo, a saída das mercadorias utilizadas como material de uso e consumo com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, não são passíveis de tributação pelo ICMS, consoante art. 7º, inciso XV, do RICMS/SP. Assim, segundo o recorrente, em não havendo incidência do ICMS, não há como se imputar a falta de recolhimento de diferença entre alíquota interna e interestadual, posto que se está diante de operação isenta. Diante desta conclusão, entende que do montante do ICMS de R\$19.031,11, exigido na infração 02, deve ser excluído R\$13.728,63, tendo em vista que, tais valores foram obtidos em operações isentas, nos termos do inciso XV do art. 7º do RICMS/SP.

Destaca que somente a perícia, que fora indeferida pela autoridade julgadora, poderia definir se o material de uso e consumo realmente foi transferido entre empresa de mesma titularidade e se essa operação é tributada pelo Estado da Bahia. Sustenta que não se pode cogitar pela manutenção do Auto de Infração, no que se refere ao item em destaque.

No que tange à terceira infração, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de material para uso e consumo no estabelecimento, alega o recorrente que tais mercadorias são utilizadas no processo produtivo da empresa, integrando os produtos comercializados pelo sujeito passivo, o que, nos termos da legislação vigente para o ICMS, bem como da própria Constituição Federal, que assegura o princípio da não-cumulatividade para o tributo em questão, tem direito ao crédito oriundo da operação anterior.

Salienta que, da mesma forma como já evidenciado no item anterior, somente a denegada perícia poderia definir se as alegações do fisco eram corretas, ou seja, que os produtos neste item incluídos eram utilizados para uso e consumo. Aduz que a perícia fora indeferida simplesmente porque existiram decisões administrativas que assim definiram o produto, não suprindo tais decisões a necessidade de sua imperiosa realização. Assim, o recorrente também entende que deve ser excluída da autuação perpetrada os valores relacionados no item 3 do Auto de Infração, tendo em vista que, efetivamente, as operações selecionadas pela fiscalização fizeram parte da escala produtiva de produtos efetivamente comercializados pela empresa sujeitos à tributação de ICMS, permitindo, portanto, a tomada de crédito nos termos como executados.

No tocante à sexta infração, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas à construção de imóveis por acesso física, alheias a atividade da empresa, aduz o recorrente que, todas as operações selecionadas pela fiscalização, fizeram parte de projetos da empresa e, como tal, automaticamente faz com que tenha direito ao crédito, motivo pelo qual, pugna pela exclusão das mesmas da presente autuação. Reitera o já afirmado nos tópicos anteriores, relativamente à denegada perícia.

Referentemente à infração 8, alega o recorrente que a empresa recolheu, com os devidos acréscimos legais, a totalidade dos valores devidos, a título de ICMS substituição tributária, nas operações comerciais tidas com as empresas Golden Cargo, Rápido 900, Ouroverde, Transportadora Cavalinho, conforme se pode depreender da documentação já acostada aos autos. Assim, segundo o recorrente, não há o que se falar em ausência de pagamento ou mesmo em pagamento a menor, tendo em vista que todas as obrigações tributárias contraídas a este título foram devidamente quitadas. Requer que também esse tópico seja excluído da autuação.

Reitera suas alegações sobre a inaplicabilidade das multas, ainda que alguma multa pudesse ser exigida, por entender que vai totalmente de encontro aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem guiar todas as penalidades tributárias, uma vez que o valor da penalidade é desproporcional a infração que se reputa cometida e não é razoável, porque o contribuinte, a quem já é impingido o ônus de calcular o tributo devido e, porque não dizer, promover a aplicação da lei tributária, o faz em benefício do Estado e, portanto, não merece ser tão severamente punido. Cita doutrina sobre o caráter confiscatório das multas tributárias.

Por fim, reafirma suas alegações sobre a inaplicabilidade dos juros de mora e da taxa SELIC.

Requer que seja admitido e dado provimento à preliminar arguida, anulando-se a Decisão recorrida em razão de flagrante ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório, sendo permitida a elaboração da prova pericial, a qual fora indeferida na Decisão recorrida, baixando-se os autos em diligência para sua produção, que comprovará todo o quanto alegado pelo recorrente, e, caso ultrapassada a preliminar, requer que seja dado provimento em seu mérito, reformando a Decisão recorrida, deferindo-se todos os pleitos declinados, no sentido de julgar improcedente o Auto de Infração, desconstituindo completamente todos os créditos dele decorrentes.

Alternativamente, requer que sejam excluídas as multas aplicadas, por desrespeito ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, assim como sejam excluídos os juros aplicados, vez que o recorrente não se encontra em mora com o fisco, nos termos do art. 151 do CTN, como também seja afastada a aplicabilidade da taxa referencial SELIC, tendo em vista a flagrante inconstitucionalidade da mesma.

Por derradeiro, requer ainda que todas as intimações relativas ao feito sejam realizadas em nome do patrono do sujeito passivo, Dr. PAULO AUGUSTO GRECO, advogado inscrito na OAB/SP sob o nº. 119.729, sob pena de nulidade de todos os atos praticados posteriormente sem esta observância.

A PGE/PROFIS, às fls. 1.229 a 1.231 dos autos, sustenta que a peça recursal foi protocolada junto a uma repartição da SEFAZ/BA quando já ultrapassado o prazo de dez dias, pelo que foi devidamente arquivada, por intempestividade, nos termos do art. 173, I, e § 1º, do RPAF, fato comunicado regularmente ao sujeito passivo.

Observa que a disposição constante do art. 7º, § 1º, do RPAF, aludida pelo impugnante como fundamento para que fosse conhecido seu Recurso, se refere às hipóteses de protocolização de petição perante repartição fazendária com a indicação incorreta do órgão ou autoridade competente para a análise da peça. Salienta o opinativo que, no caso em exame, não se configurou tal quadro, porquanto o Recurso Voluntário não chegou nem mesmo a ser protocolado junto a uma repartição da SEFAZ dentro do prazo legal, já que o envelope onde estava contido foi devolvido diretamente pela ECT ao recorrente por ausência de indicação do destinatário, fato que inviabilizou a sua entrega, já que no endereço indicado funcionam diversos órgãos do Governo do Estado da Bahia.

Assim, diante do exposto, opina pelo Não Provimento do pleito impugnatório analisado.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, no que tange às infrações 2, 3, 6 e 8 do Auto de Infração, sobre cujas razões recursais passo a tecer as seguintes considerações:

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida de que teria ocorrido cerceamento ao direito de defesa o fato da JJF indeferir a pleiteada prova pericial, vez que esta perícia seria essencial para o deslinde da lide. Considero que o indeferimento do pedido para a realização de perícia não ensejou cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, o qual foi exercido plenamente, inclusive aduzindo todas as alegações e apensando as provas documentais que o recorrente entendeu necessárias, as quais foram devidamente examinadas. Portanto, a denegação do pedido de diligência ou de perícia é uma questão de foro íntimo e de convencimento do julgador sobre a necessidade de se ampliar as provas documentais existentes nos autos, de forma a lhe proporcionar, com segurança, plenas condições para o julgamento. No caso concreto, ficou consignado pelo relator a desnecessidade da realização da perícia para o deslinde do feito, especialmente relativa aos materiais de uso e consumo e demais itens relacionados nos quesitos elaborados pelo contribuinte em sua defesa, o que justificou sua posição em razão dos autos já se encontrarem perfeitamente instruídos com documentos e pela legislação do ICMS. Assim, com amparo no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, os quais preveem que deverá ser indeferido o pedido de

perícia fiscal, quando: a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas, a JJF indeferiu o pedido de perícia requerido pelo sujeito passivo em sua impugnação ao Auto de Infração.

Quanto ao pedido de realização de diligência ou de perícia formulado pelo recorrente, para comprovação de suas alegações recursais, igualmente como consignado na Decisão recorrida, também o indefiro, pois, no caso concreto, as únicas infrações que poderiam ensejar a realização da diligência seriam as relativas aos produtos adquiridos para uso ou consumo do estabelecimento, inerentes às infrações 2 e 3, assim como as mercadorias indevidamente contabilizadas como ativo imobilizado, referente à infração 6, que, por razões óbvias, sobre suas efetivas aplicações, assim demandariam tais investigações. Contudo, diante das provas documentais apensadas pelos autuantes aos autos, às fls. 178 a 246 e 505 a 683, denota-se ser desnecessária a diligência pleiteada.

Acerca das alegações de que as multas têm um caráter confiscatório e da inaplicabilidade dos juros de mora e da taxa SELIC, não compete a esta Câmara de Julgamento Fiscal avaliar, pois as mesmas têm previsão legal, cabendo-lhe apenas sua aplicação, uma vez que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00. Quanto à taxa SELIC, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que ela pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no Ag. Rgno Resp. nº 722595/PR.

Por fim, inexiste previsão legal para a nulidade dos atos, caso não sejam as intimações direcionadas ao patrono do recorrente, como assim pretende o sujeito passivo, visto que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita, preferencialmente, pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Em seguida, da análise das razões de mérito, no que se refere à infração 02, deve-se esclarecer que, por se tratar o autuado de contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, obriga-se a cumprir a legislação baiana do ICMS, a qual estabelece em seu art. 2º, inciso IV, da Lei nº. 7.014/96, que:

"Art. 2º. O ICMS incide sobre:

[...]

IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes."

Já o § 1º do citado dispositivo legal prevê que:

"§ 1º. São irrelevantes para caracterização do fato gerador:

I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo;

II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;"

Por outro lado, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, o art. 69 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6284/97, dispõe que:

Art. 69. A base de cálculo do ICMS, para efeito do pagamento da diferença de alíquotas, é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, constante no documento fiscal, e o imposto a ser pago será o valor resultante da aplicação, sobre essa base de cálculo, do percentual equivalente à diferença entre a alíquota prevista para as operações ou prestações internas neste Estado, segundo a espécie de mercadoria, e a alíquota interestadual prevista na legislação da unidade da Federação de origem.

Parágrafo único. Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, observar-se-á, ainda, o seguinte:

I - é devido o pagamento:

a) se, no documento fiscal de origem, não houver o destaque do imposto por erro ou omissão, bem como em virtude de não-incidência ou de isenção reconhecidas ou concedidas sem amparo constitucional pela unidade federada de origem, sendo que, para o cálculo da diferença a ser paga, será cotejada a alíquota interna deste Estado com a alíquota prevista na legislação da unidade federada de origem para as operações ou prestações interestaduais;

Por fim, o art. 624, inciso II, do RICMS/BA, enfatiza que, na entrada de bem de uso ou material de consumo se fará o pagamento da diferença de alíquotas, correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual.

Assim, para a exigência do diferencial de alíquota, é irrelevante o fato de a saída de mercadorias, utilizadas como material de uso e consumo, com destino a outro estabelecimento do mesmo titular, não ser passível de tributação pelo ICMS, como alega o recorrente, do que conlui pela subsistência, *in totum*, da infração 2, no montante de R\$19.031,11, consoante demonstrativo às fls. 178 a 184 dos autos.

Quanto à terceira infração, a qual está intrinsecamente ligada à infração 2, exige o crédito indevido do ICMS decorrente referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, consoante os mesmos demonstrativos acima citados, cujos produtos adquiridos são: nalco, nitrogênio, hipoclorito de sódio e soda cáustica, notoriamente produtos utilizados no tratamento da água de refrigeração (nalco) ou no tratamento de efluentes (hipoclorito de sódio e soda cáustica), assim como na limpeza de equipamentos (nitrogênio). Logo, caracterizados como material de consumo por não serem utilizados no processo produtivo e consumidos a cada etapa de produção como elemento integrado e indispensável ao produto final, como bem pontuou a Decisão recorrida.

Ademais, o próprio recorrente admite a utilização de tais produtos como materiais de consumo, pois, tanto em sua Impugnação como em seu Recurso Voluntário, em relação à infração 02, inerente à exigência do diferencial de alíquota, infração relativa às mesmas mercadorias desta infração 03, apenas requer a exclusão dos valores relativos às transferências oriundas de seu estabelecimento localizado no Estado de São Paulo, tidas como isentas, reconhecendo como procedente a exigência do diferencial de alíquotas dos demais produtos, os quais são exatamente os mesmos da exigência relativa à infração 03, conforme a seguir transscrito:

“É por esse motivo que o recorrente entende que R\$ 13.728,63 (dos R\$ 19.031,11) devem ser excluídos, tendo em vista que, tais valores foram obtidos em operações isentas, nos termos do inciso XV do art. 7º do RICMS, conforme comprova a documentação já colacionada aos presentes autos”.

Dessa forma, são legítimas as glosas dos créditos fiscais, visto que o art. 33, I, da Lei Complementar nº. 87/96, com redação dada pela LC nº. 122/96, seguida pela Lei Estadual nº. 7.014/96 (§ 2º, art. 29) e pelo Regulamento do ICMS (art. 97, IV, “c”, c/c o § 2º), preveem que somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 01/01/2011. Portanto, diante de tais considerações, conlui pela subsistência total da infração 3, no montante de R\$53.408,26, consoante demonstrativo às fls. 178 a 184 do PAF.

Inerente à sexta infração, relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS de mercadorias indevidamente contabilizadas como ativo permanente, através dos documentos apensados aos autos, às fls. 511 a 682, verifico tratarem-se de peças de reposição de equipamentos, caracterizadas como materiais de consumo, a exemplo de: válvula de controle, válvula diafragma, bomba de vácuo, transmissor de temperatura, cabeçote de alumínio, indicador de nível, tecido, manta, cabo notebook, cabo de segurança, caixa de junção e luminária, manômetros, flange, rele, balança analítica, etc. Portanto, conforme já firmado, a legislação prevê o direito de crédito de materiais de uso ou consumo do estabelecimento só a partir de janeiro de 2011. Exigência subsistente.

No tocante à infração 08, a qual exige o recolhimento a menor do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte

interestaduais e intermunicipais, observo que os recolhimentos apensados aos autos pelo sujeito passivo, quando da sua impugnação ao Auto de Infração, já haviam sido considerados pelos autuantes em seu levantamento fiscal, consoante documentos às fls. 815 a 953 dos autos, não restando, portanto, qualquer retificação a fazer sobre o valor exigido. Infração subsistente.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, por serem as razões recursais apresentadas incapazes de modificar a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 207103.0002/07-9, lavrado contra BASF S/A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$157.857,45, acrescido das multas de 60% sobre R\$145.143,33 e 150% sobre R\$12.714,12, previstas no art. 42, incisos II, “f”, VII, “a” e V, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$370,00, prevista no inciso XX, do mesmo dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2009.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS