

A. I. N° - 207093.0100/07-9
AUTUADO - MORAIS DE CASTRO COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS
AUTUANTE - JUVÊNCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 12.06.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0130-02/09

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. VENDA DE MERCADORIA COM DESTINAÇÃO DIVERSA DO REGIME DE DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO (FORNECEDOR). Trata-se de operação de venda de sulfato de alumínio faturada como matéria-prima no processo produtivo de curtume do destinatário. A concessão do diferimento do ICMS, neste caso, é condicionada às aquisições de mercadorias destinadas ao processo produtivo do adquirente como insumo. O valor lançado representa o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento, uma vez que, a mercadoria foi destinada ao tratamento de resíduo industrial, e portanto, destinada a consumo do estabelecimento destinatário. Infração caracterizada. Rejeitadas as arguições de nulidade da ação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 17/12/2007, e reclama o valor de R\$79.366,03, sob acusação de que o contribuinte supra deixou de recolher o ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2002 a outubro de 2007, conforme demonstrativos e documentos às fls.15 a 145.

Em complemento consta que “Trata-se da cobrança do ICMS sobre as vendas de sulfato de alumínio, nos exercícios de JAN/2002 a OUT/2007, para o contribuinte Campelo Indústria e Comércio Ltda., faturado como matéria-prima do seu processo produtivo de curtume, sob habilitação de diferimento, não considerado pela Revisão Fiscal, conforme PPT 213-03 COFIS, cuja conclusão exige a constituição do crédito, haja vista a destinação da mercadoria para tratamento de resíduo industrial, OU SEJA, mercadorias destinadas a USO E CONSUMO”.

O sujeito passivo através de seu representante, no prazo legal, apresentou defesa às fls.151 a 157, na qual, preliminarmente invoca o artigo 2º do RPAF/99, e questiona a ação fiscal por considerar que ela não traduz as condições fáticas.

Em seguida, analisando os fatos, informa que há muitos anos tem como seu cliente a empresa Campelo Indústria e Comércio Ltda., e que desde 14/08/2000, através da MSG 0263/00 recebeu solicitação para que todo o faturamento para aquela empresa fosse destacado no campo de dados adicionais: "ICMS diferido conforme habilitação do destinatário, Certificado nº 1.000.28888.000.5". (fl. 162).

Diz que sempre faturou as mercadorias adquiridas pela citada empresa com a observação destacando o diferimento, e que não tinha o conhecimento da obrigatoriedade de acompanhar a aplicação dos produtos fornecidos, entendendo que essa obrigação cabe à empresa destinatária das mercadorias e ao Fisco.

Destaca que dentre os produtos que fornece à Campelo, encontra-se o sulfato de alumínio, cuja empresa lhe informou que essa mercadoria fazia parte do seu processo produtivo, e não tinha como questionar tal informação.

Diz que ao ser autuado, se dirigiu à Campelo e foi informado de que no período de 2002 e 2003 o produto foi utilizado como complemento direto do processo produtivo, e nos anos de 2004 a 2007, foi utilizado no tratamento de efluentes, sendo que, para este período a Campelo emitiu, mensalmente, com base no somatório das aquisições recebidas, notas fiscais destacando os impostos devidos, tanto para o produto adquirido no seu estabelecimento como de outros fornecedores.

Para comprovar essa alegação, bem assim, que o imposto devido foi recolhido, foram acostadas ao processo cópias de todas as notas fiscais emitidas pela Campelo, salientando que constam nelas que se tratam de mercadorias utilizadas no tratamento de efluentes recebidos com diferimento (fls. 181 a 224).

Por conta desse argumento, diz que não pode ser considerado como verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária, e nem responde subsidiariamente por essas operações, porém, diz que restou comprovado que não existe imposto a pagar no período de 2004 a 2007, e que caso prossiga a exigência fiscal, esta se caracterizaria em bis in idem, pois o imposto já foi destacado nas notas fiscais emitidas pela Campelo e anexadas à peça defensiva. Quanto ao período de 2002 e 2003, afirma que o sulfato de alumínio fazia parte do processo produtivo, cabendo ao Fisco, comprovar a real aplicação naquele período junto à empresa destinatária das mercadorias.

Esclarece que a alteração de procedimentos do uso do sulfato de alumínio não foi comunicada, razão pela qual, continuou a emitir as notas fiscais com diferimento do ICMS.

Por fim, requer a nulidade da autuação com base no art.18 do RPAF/99, ou caso contrário, a improcedência da autuação, aplicando-se o disposto no art.112, II e III do CTN, art.34, § 5º, da CF/88.

Na informação fiscal às fls. 226 a 227, o autuante transcreveu o Relatório de Fiscalização, a saber: "O contribuinte MORAIS DE CASTRO COMERCIO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUIMICOS, localizado em Salvador (BA), com atividade principal de comércio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos", realizou, durante os exercícios de 2002 a 2007, vendas de mercadorias para o contribuinte CURTUME CAMPELO S/A (Inscrição Estadual n. 10.006.427 - atual CAMPELO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA), na cidade de Juazeiro (BA), com O DIFERIMENTO do ICMS, amparado pelo Certificado de Habilitação de n. 002.888.000-5.

A atividade principal do Curtume Campelo S/A é o "curtimento e outras preparações de couros", e as suas aquisições da Morais de Castro Comercio e Importação de Produtos Químicos referem-se aos seguintes tipos de mercadorias: sulfato de alumínio; soda cáustica; ácido oxálico; amônia líquida; etilglicol; barrilha leve; formaldeído; silicato de sódio neutro; propilenoglicol industrial;

ácido acético; glicerina; ácido fórnico; ácido fosfórico.

As saídas não foram tributadas pelo ICMS em função da Habilitação de Diferimento para couros, peles, matéria-prima, e insumos para industrialização e curtimento de calçados e bolsas.

A concessão do diferimento do ICMS é condicionada as aquisições de mercadorias destinadas ao processo produtivo do curtimento de couro, na qualidade de insumo e matérias-primas.

Em procedimento de revisão fiscal, datado de 25/10/2007, a Corregedoria da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia aponta como irregularidades da fiscalização da CURTUME CAMPELO S/A a "falta de pagamento de ICMS com diferimento de sulfato de alumínio utilizado para consumo no tratamento de resíduos", conforme pareceres emitidos pelas auditoras fiscais responsáveis pelo procedimento de revisão fiscal - COFIS.

Com base nas informações fornecidas pela empresa adquirente das mercadorias a respeito do seu processo produtivo (ANEXO VI - pgs. 31 a 33), concluí que o "sulfato de alumínio" é utilizado para tratamento de resíduo industrial e que, portanto, as suas aquisições não estão sujeitas ao regime de diferimento, uma vez que não se enquadram como insumo e nem matéria-prima, e sim como material de uso e consumo (tratamento de efluentes), cuja responsabilidade tributária é do estabelecimento fornecedor das mercadorias (art. 349 RICMS/BA).

Em função dos fatos citados, iniciamos o procedimento fiscal em 14/11/2007, com intimação ao contribuinte MORAIS DE CASTRO COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS, para entrega das notas fiscais de saídas de mercadorias para o contribuinte CURTUME CAMPELO S/A, no exercício de 2002, com diferimento de ICMS (documentos entregues em 19/11/2007).

As notas fiscais referentes aos exercícios de 2003 a 2007 foram solicitadas em 22/11/2007, e entregues em 10/12/2007.

Acostamos, para os devidos fins, e para subsidiar a cobrança do ICMS ao responsável pela revenda de mercadorias destinadas ao uso e consumo com diferimento de ICMS, declaração devidamente assinada pela contadora da empresa CURTUME CAMPELO S/A- Elisenda Paes Barreto CRC-PE 9296-t-BA, de 216/07/2007, e encaminhada em 19/11/2007, cujo teor afirma o seguinte: "sulfato de alumínio produto utilizado no tratamento de resíduo industrial (ANEXO.V).

Isto posto, atendendo orientação da nossa Corregedoria, constituímos o presente auto de infração, tendo como razão principal:

"desclassificação da condição de diferimento do ICMS das notas fiscais de saídas da mercadoria sulfato de alumínio, adquiridas pelo contribuinte CURTUME CAMPELO S/A, nos exercícios de 2002 a 2007, haja vista a destinação desse produto químico para outros fins que não o processo produtivo de curtimento de couro, ou seja, para o uso no tratamento de efluentes, com objetivo de clarificar a água residual (limpidez) para lançar ao meio ambiente".

Corroborou o entendimento de que o DIFERIMENTO DO ICMS da mercadoria "sulfato de alumínio" não tem amparo legal quando a essa mercadoria for utilizada fora do processo produtivo do curtimento de couro.

Discordou do contribuinte quando sugere ao Fisco Estadual a responsabilidade de verificar se o SULFATO DE ALUMÍNIO, nos exercícios de 2002 e 2003, foi utilizado ou não como matéria-prima, vez que há uma declaração assinada pela contadora da CAMPELO INDUSTRIA E COMERCIO LTDA. afirmando que este produto, em 2002, era utilizado no tratamento de resíduo industrial, ou seja, como USO e CONSUMO;

Quanto às notas fiscais anexadas pelo contribuinte, referentes aos exercícios de 2004 a 2007 (pgs. 181 a 224), as considerou inidôneas para eliminação dos valores de ICMS ora constituídos, em função da não discriminação dos tipos de mercadorias, bem como dos seus fornecedores, uma

vez que não há condições de identificar a relação direta com as notas fiscais emitidas pela MORAES DE CASTRO COMERCIO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS durante o período acima citado, o que impossibilita qualquer tipo de vinculação.

Ao final, pugnou pela manutenção integral do seu procedimento fiscal.

Na sessão de julgamento do dia 09/09/2008, visando instruir o processo com todos os elementos de provas das imputações, foi verificado que a acusação fiscal está baseada em provas obtidas junto a terceiros, bem como em relatório de revisão fiscal de outro contribuinte, sem que tivesse sido juntada aos autos a comprovação da entrega de tais documentos ao contribuinte autuado, sendo baixado o processo em diligência à Infaz de origem para que, mediante intimação ao autuado, fosse reaberto o prazo de defesa por (30) trinta dias para o exercício da ampla defesa e do contraditório, com a entrega dos seguintes documentos: Auditoria do ICMS Diferido – AUDIF 213 – fls.23 a 30; Declaração do contribuinte Campelo Ind. e Com.Ltda. – fl.33; Relatório de Revisão de Procedimento Fiscal – fls.134 a 144; Informação Fiscal - fls. 226 a 228; e o despacho de diligência à fl. 232.

Cumprindo a intimação (fl.237) expedida pela Infaz de origem, o sujeito passivo se manifestou às fls.240 a 247, ratificando os termos de sua defesa interposta no dia 28/01/2008, e arguindo a decadência do crédito tributário referente ao exercício de 2002, com fulcro no artigo § 4º do artigo 150 do CTN.

Analizando o mérito, sustenta que o Estado não deixou de arrecadar o débito em exame, pois a Campelo Indústria e Comércio Ltda., ao receber a mercadoria – sulfato de alumínio – diferidas fornecida para a Moraes de Castro, não se apropriou de nenhum crédito, conforme consta no documento à fl.33 dos autos. Reafirma que a Campelo, no período de 2004 a 2007, emitiu notas fiscais de Campelo para Campelo, destacando o ICMS daquelas mercadorias que receberam como diferidas, conforme documentos apensados ao processo.

Admite que é direito da Fazenda Estadual reclamar o ICMS sobre o fornecimento de Sulfato de Alumínio, tendo em vista a Campelo ter informado ao Fisco, através do documento de fls. 33, item a.4, que a utilização do Sulfato de Alumínio é para tratamento do resíduo industrial. Porém, observa que não ficou claro e explicitado que a partir de que data o produto vem sendo utilizado no tratamento de resíduo industrial pela Campelo, o que torna verdadeira a informação de que o produto era utilizado nos exercícios de 2002 e 2003 como insumo no curtimento de couro.

O autuante às fls. 256 a 257 dizendo que o autuado em sua defesa administrativa complementar não apresentou nenhum fato novo que não tenha sido apreciado e combatido na peça vestibular, mantém a íntegra de sua informação fiscal às fls. 226 a 228, requerendo a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente observo que o autuado somente em sua segunda manifestação (fls. 240 a 247), trouxe a baila a arguição de decadência do crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2002, com fulcro no artigo § 4º do artigo 150 do CTN.

Embora o art.123, § 1º, do RPAF/99, estabeleça que “a matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez”, passo a examinar em preliminar o quanto alegado pelo sujeito passivo.

Observo que não assiste razão ao defendente, uma vez que, segundo o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após

05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido no citado período, considerando-se que o lançamento ocorreu em 17/12/2007, e o autuado foi cientificado em 27/12/2007, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/02, findando-se em 31/12/07, incorrendo a alegada decadência.

No mérito, a infração imputada ao contribuinte supra diz respeito a exigência de ICMS sobre as vendas de sulfato de alumínio, nos exercícios de JAN/2002 a OUT/2007, para o contribuinte Campelo Indústria e Comércio Ltda., faturado como matéria-prima do seu processo produtivo de curtume, sob habilitação de diferimento, quando a destinação da mercadoria foi para tratamento de resíduo industrial, sendo considerada como de uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativos e documentos às fls.15 a 145.

Na análise das peças processuais constato que o presente lançamento foi constituído com base no em revisão fiscal realizada em 25/10/2007, pela Corregedoria da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, conforme Relatório de Revisão de Procedimento de Fiscalização (fls. 134 a 144), em cujo relatório aponta como irregularidades da fiscalização da CURTUME CAMPELO S/A a "falta de pagamento de ICMS com diferimento de sulfato de alumínio utilizado para consumo no tratamento de resíduos".

Portanto, a questão em comento concerne ao fornecimento de mercadoria (sulfato de alumínio) para contribuinte amparado pelo regime de diferimento através do Certificado de Habilitação nº 002.888.000-5, o qual foi desclassificado dessa condição de diferimento do ICMS, haja vista a destinação do referido produto químico para outros fins que não o processo produtivo de curtimento de couro.

De acordo com o artigo 349, do RICMS/97, *"a responsabilidade tributária por substituição relativa ao imposto cujo lançamento seja diferido, correspondente às operações ou prestações antecedentes, é atribuída ao contribuinte em cujo estabelecimento ocorrer a operação, evento, fato ou circunstância que encerre a fase do diferimento."*

No caso, considerando-se que, conforme informação da própria empresa adquirente (doc.fl.33) o produto sulfato de alumínio é utilizado no tratamento de resíduo industrial, considero que está caracterizada a infração, ficando o autuado como responsável tributário nas vendas realizadas para CURTUME CAMPELO S/A, constantes do levantamento fiscal.

Quanto a alegação defensiva de que foi pago o imposto pela Campelo referente ao período de 2004 a 2007, conforme cópias de notas fiscais às fls. 181 a 224, observo que em tais documentos não consta a discriminação das mercadorias, o que não permite fazer-se uma correlação com a planilha apresentada na defesa (fl. 249). Além do mais, a partir do momento que a documentação constante nos autos evidencia que realmente o sulfato de alumínio não foi destinado ao processo

produtivo do curtimento do couro, mas sim, para uso e consumo do estabelecimento, a responsabilidade pelo pagamento do imposto é do autuado, uma vez que não estava amparado pelo diferimento.

Nestas circunstâncias, tanto no período de 2002/2003 assim como 2004/2007, restando caracterizado que as operações em comento não estavam amparadas pelo regime do diferimento, subsiste integralmente a infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207093.0100/07-9**, lavrado contra **MORAIS DE CASTRO COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.366,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de maio de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR