

PROCESSO - A. I. Nº 206830.0001/08-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A.
RECORRIDOS - PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0157-01/10
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 26/12/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0379-12/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO/CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material cuja destinação não têm participação no processo produtivo do estabelecimento industrial. Infração caracterizada. **b)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO . **b.1)** MERCADORIAS RECEBIDAS EM RETORNO DE COMODATO SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO. EXIGÊNCIA EM DUPLICIDADE. Autuado elide em parte a autuação. Infração parcialmente subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAIS DE USO/CONSUMO. Contribuinte comprova que parte da exigência diz respeito a material de embalagem sendo incabível a exigência. Infração parcialmente subsistente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Autuado apenas alega o não cometimento da irregularidade, sem apresentar qualquer elemento de prova capaz de elidir a autuação. Infração subsistente. **b)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Autuado comprova mediante a apresentação de documentos fiscais que as mercadorias retornaram para o fornecedor. Infração insubsistente. 5. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. O uso do benefício está vinculado ao produto objeto do projeto incentivado. Autuado comprova a existência de equívoco no cálculo do imposto devido efetuado pelos autuantes. Os próprios autuantes reconhecem o equívoco apontado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0157-01/10 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2008, exige ICMS no valor de R\$ 1.083.845,70, em decorrência do cometimento de oito infrações à norma tributária deste Estado. Entretanto fazem parte do Recurso de Ofício as infrações 2, 3, 6, 7 e 8 e do Recurso Voluntário as infrações 2, 3, 5 e 7, como segue:

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de materiais para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro, abril a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 29.392,95, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a materiais de uso e consumo, que não podem ser enquadrados como produtos intermediários, por não integrarem o produto final e nem serem consumidos no processo produtivo, conforme demonstrativo de crédito indevido e demonstrativo da função dos materiais no processo industrial preenchido pelo contribuinte, anexos;

INFRAÇÃO 3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro, abril a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 33.577,25, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a materiais de uso e consumo adquiridos em outros Estados, conforme demonstrativos da diferença de alíquotas e demonstrativo da função dos materiais preenchidos pelo contribuinte, anexos;

INFRAÇÃO 5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a novembro de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 91.949,07, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias. Consta se referir a diversas notas fiscais da remessa de vasilhames emitidas por distribuidores da empresa, constantes dos registros do SINTEGRA dos emitentes e sem o devido registro na escrita fiscal do destinatário, conforme demonstrativos, termos de intimação e fotocópias dos documentos fiscais anexados;

INFRAÇÃO 6. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de maio de 2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 57.122,24, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias. Consta se referir a peças e componentes para filtros, adquiridos através da Nota Fiscal nº 073.782, datada de 12/05/2006, emitida pela empresa DEDINI S/A INDÚSTRIAS DE BASE, CNPJ nº 50.109.271/0001-56, cujo documento fiscal foi coletado em Posto Fiscal deste Estado através do Sistema CFAMT, conforme via anexa;

INFRAÇÃO 7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de março, maio e agosto de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.877,11, acrescido da multa de 60%. Conforme demonstrativo do crédito indevido relativo a ativo imobilizado anexado ao PAF e demonstrativo do consumo dos materiais no processo industrial também anexo, preenchido pelo contribuinte;

INFRAÇÃO 8. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, nos meses de maio a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 298.527,75, acrescido da multa de 60%.

Após análise dos autos, inclusive com solicitação de diligência *in loco*, a 1ª Jf assim decidiu a respeito da matéria ora em discussão:

“Com relação à infração 08, verifico que nos termos do art. 3º do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto n.8.205/2002, o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo poderá ser dilatado pelo prazo de até 72 (setenta e dois meses).

No caso em exame, observo que o contribuinte incluiu no cálculo do imposto referente ao Programa DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, as saídas de produtos não alcançados pelo benefício, o que motivou a autuação.

Ocorre que, os autuantes ao efetuarem o levantamento excluíram o ICMS referente à saída dos produtos não incentivados da apuração do ICMS incentivado e o incluíram na apuração do ICMS normal, exigindo o ICMS resultante desta apuração. Porém, conforme consignando pelo impugnante, tal procedimento está incompleto, haja vista que, além de excluir o imposto devido nas saídas referente aos produtos que não gozam do benefício, os autuantes deveriam também excluir da apuração do benefício, o crédito do ICMS relativo à aquisição de tais produtos não incentivados. Em síntese, deveriam ter excluído tanto o débito como o crédito do imposto originado relativos às mercadorias não incentivadas.

Relevante registrar que os próprios autuantes acataram as alegações defensivas, motivo pelo qual refizeram os cálculos em conformidade com as planilhas sintéticas e analíticas anexadas aos autos, utilizando a memória de cálculo apresentada pelo impugnante à fl. 1152, o que resultou no valor do ICMS devido de R\$111.517,46, conforme demonstrativo de débito à fl. 1.134, valor este reconhecido e recolhido pelo impugnante, conforme comprovante acostado aos autos.

Assim, esta infração é parcialmente subsistente, passando o demonstrativo de débito a ter a seguinte conformação:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

<i>Data de Ocorrência</i>	<i>ICMS devido (R\$)</i>
31/05/2005	56.658,80
30/06/2005	3.098,75
31/08/2005	6.674,24
30/09/2005	1.632,77
31/10/2005	2.225,26
30/11/2005	11.117,93
31/12/2005	21.179,62
31/01/2006	811,85
28/02/2006	1.572,55
31/03/2006	960,77
30/04/2006	1.827,46
31/05/2006	774,28
30/06/2006	961,42
31/07/2006	716,81
31/08/2006	1.304,98
TOTAL	111.517,49

No que concerne às infrações 02 e 03 – que cuidam, respectivamente, de utilização indevida de crédito fiscal referente a materiais de uso e consumo do estabelecimento e exigência da diferença de alíquotas – portanto, diretamente relacionadas entre si, haja vista que dizem respeito às mesmas mercadorias, verifico que o impugnante sustenta que parte dos bens a que se refere à autuação tem atuação no tratamento da água que alimenta as caldeiras, sendo inegável que tais produtos devem ser tidos por produtos intermediários, pois auxiliam diretamente na fabricação de cervejas e refrigerantes. Diz, ainda, que outros produtos atuam diretamente na limpeza dos tanques e tubulações das linhas de produção, sendo que, sem eles a higienização das linhas de produção seria comprometida, inviabilizando a continuidade da fabricação dos produtos dentro dos padrões de qualidade estabelecidos, não restando dúvidas que tais produtos devem ser classificados como produtos intermediários.

Aduz que nesse sentido, também pode classificar como produtos intermediários os materiais utilizados nos laboratórios, especificamente, na análise dos produtos utilizados na industrialização de cervejas e refrigerantes, e no controle de qualidade desses produtos.

Frisa que o gás cloro atua diretamente na produção, também como verdadeiro produto intermediário, consumindo-se na água utilizada na fabricação das cervejas e dos refrigerantes, sendo que, nessa condição o RICMS/BA, em seu artigo 93, autoriza o aproveitamento do crédito correspondente ao ICMS suportado na operação de entrada.

Assevera que dessa forma, tendo aqueles materiais à natureza de produtos intermediários, não há que se falar em recolhimento do imposto correspondente à aplicação do diferencial de alíquotas nas operações interestaduais.

Noto também que os autuantes sustentam que tendo visitado as instalações do contribuinte e analisado o processo produtivo, verificaram que os materiais citados nos autos e que serviram de base à autuação, têm a natureza de uso e consumo, participam do processo produtivo de forma acessória, não são consumidos no processo produtivo, e nem são elementos indispensáveis à composição do produto final, haja vista que são utilizadas na sanitização e limpeza de tanques e tubulações, na análise de produtos e no tratamento da água industrial, sendo o gás cloro e o Nalco, também, utilizados na estação de tratamento.

Dizem ainda quanto à alegação defensiva referente às caixas aux AI e aplicação roscada, que o autuado não anexou as notas fiscais de comodato ao processo, não podendo ser acatada sua alegação sem prova.

Observo que, relativamente ao argumento defensivo referente às caixas de papelão, acatam o posicionamento da defesa, em razão de terem verificado nos arquivos magnéticos do autuado que as saídas são efetivamente tributadas, e registram que as caixas foram retiradas da exigência fiscal, conforme o novo demonstrativo anexado a informação fiscal que apresenta para a infração 02 o valor total de R\$ 27.422,64 e para a infração 03, o valor total de R\$ 30.766,28.

Efetivamente, nos termos da legislação do ICMS/BA, especialmente o RICMS/BA, para que possam ser considerados como produtos intermediários é necessário que os materiais sejam consumidos no processo produtivo ou integrem o produto final, na condição de elementos indispensáveis à sua composição, conforme previsto no art. 93, § 1º, alíneas “b” e “c” do RICMS/97.

A meu ver, as mercadorias arroladas na autuação têm sim a natureza de material de uso e consumo do estabelecimento, tendo em vista que no tipo de atividade exercida pelo autuado, no caso, fabricação de cervejas e refrigerantes, os referidos materiais são utilizados como de uso e consumo, desde que não são consumidos no processo produtivo nem são integrados às mercadorias produzidas.

Na realidade, no dizer do próprio impugnante são utilizados na sanitização, limpeza de tanques e tubulações, na análise de produtos e no tratamento da água industrial, sendo o gás cloro e o Nalco, também, utilizados na estação de tratamento.

Diante disso, o Fosfato Trissódico Alimentício; Hidróxido Sódico; Nalco N 22300; Nalco N 2855; Ácido Peracético; Gás Cloro; Nalco N 20230; Nalco N 6040; Nalco N 9541; Iso-Octano; Fúcsia Básica; Nalco N 2878; Hidrogênio p/ Cromatografia; Hidróxido Amônio, não podem ser considerados no processo produtivo do autuado como insumos ou produtos intermediários, mas sim materiais de uso e consumo do estabelecimento.

No que diz respeito à alegação defensiva de que os créditos gerados pelos produtos Caixa Aux AI 3 ent 2 saídas (código 34272) e Aplicação Roscada (rec) (código 48214), se referem ao retorno de empréstimo ou o comodato (empréstimo) desses bens, registrados em seu ativo imobilizado, aos seus clientes, emitindo, para tanto, os documentos fiscais pertinentes, verifico que o impugnante não trouxe aos autos qualquer elemento de prova nesse sentido.

Apesar de entender que se houve tributação na saída o contribuinte teria direito ao crédito fiscal referente ao imposto destacado na nota fiscal de remessa em devolução, decorrente da operação de comodato, certamente, caberia ao impugnante apresentar todos os documentos fiscais que confirmassem as suas alegações. Ou seja, deveria acostar aos autos tanto as notas fiscais de remessa em comodato em que houve o destaque do imposto quanto as notas fiscais de retorno, referentes às citadas remessas.

No tocante à mercadoria Caixa de Papelão (código 591), vejo que o autuado faz jus ao crédito fiscal escriturado, haja vista que é utilizada como embalagem de produtos tributados na saída, descabendo a glosa apontada na autuação.

Importante consignar que os próprios autuantes acatarem o argumento defensivo, por terem constatado que as saídas são efetivamente tributadas, e refizeram os cálculos excluindo do levantamento as caixas, conforme novo demonstrativo acostados aos autos.

Assim, com a exclusão dos valores relativos às caixas, a infração 02 passa para o valor total de R\$ 27.422,64 e a infração 03, para valor total de R\$ 30.766,28, conforme demonstrativos de débitos às fls. 1159/1160. Infrações parcialmente subsistentes.

No respeitante à infração 05, observo que o autuado alega que não recebeu os vasilhames descritos nas notas fiscais arroladas na autuação, inclusive, que entrou em contato com os distribuidores que emitiram as notas fiscais em questão para verificar o que havia acontecido, porém até o momento da apresentação da defesa não havia recebido resposta. Alega ainda que não teria motivo algum para não escriturar notas fiscais de remessa de vasilhames, devendo ser cancelada este item da autuação.

É certo que a simples negativa do cometimento da infração não pode elidir a autuação, cabendo ao autuado apresentar todos os elementos de prova que disponha para afastar a imputação. Tanto é assim que o legislador estabeleceu no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, precisamente no artigo 143 o seguinte:

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

No caso em exame, verifico que os autuantes confrontaram os dados constantes nas escritas fiscais dos estabelecimentos remetentes – distribuidores dos produtos fabricados pelo contribuinte –, através dos arquivos magnéticos do SINTEGRA com o livro Registro de Entradas do autuado, sendo as notas fiscais obtidas através de intimações dos distribuidores, conforme termos de intimação e fotocópias dos documentos fiscais constantes às folhas 528 a 916 dos autos.

Vejo como elemento determinante da infração o fato de que os emitentes das notas fiscais são empresas que mantêm relação direta com o autuado, haja vista que são distribuidoras exclusivas dos seus produtos.

Certamente, a ausência de elementos de prova capazes de elidir a autuação, confirma a acusação fiscal. Infração mantida.

Com relação à infração 06, vejo que diversamente da infração anterior, o autuado comprova a sua alegação de que houve a recusa dos equipamentos constantes da Nota Fiscal n. 073.782 emitida em 12/05/2006, pela empresa Dedine S/A Indústrias de Base, cujo retorno ao fornecedor foi efetuado através do Conhecimento de Transporte n. 009132 em 17/05/2006, cuja cópia foi remetida aos autuantes que a acostaram aos autos. Infração insubsistente.

Quanto à infração 07, verifico que autuado sustenta que realizou o comodato (empréstimo) de diversos bens, registrados em seu ativo imobilizado, aos seus clientes, emitindo, para tanto, os documentos fiscais pertinentes, sendo os produtos objeto de tais empréstimos os seguintes:

Nota Fiscal n. 279.529 - Bandeja Cromada 40x40 c/gela copo; Pré-resfriador chopp G40P banco gelo; Pré-resfriador 2 saídas glicol;

Nota Fiscal n. 303.661 - Chopeira caneca AI 3 torn; Chopeira ST1 3 torn;

Nota Fiscal n. 298.149 - Kit cabo ligação/alimentação painel; Módulo Woodward digital; Painel elétrico gerador;

Nota Fiscal n. 317.051 - Pré-resfriador mod 15 2 saídas 220v 7000; Regulador de pressão 1 saída.

Conforme disse linhas acima sobre o mesmo argumento utilizado pelo defendente, apesar de entender que se houve tributação na saída o contribuinte teria direito ao crédito fiscal referente ao imposto destacado na nota fiscal de remessa em devolução, decorrente da operação de comodato, certamente, caberia ao impugnante apresentar todos os documentos fiscais que confirmassem as suas alegações. Ou seja, deveria acostar aos autos tanto as notas fiscais de remessa em comodato em que houve o destaque do imposto quanto as notas fiscais de retorno emitidas pelo comodatário referentes às citadas remessas, o que não foi feito.

Quanto à alegação de existência de duplicidade referente ao produto Kit Nitrogênio total 0,5-18mg/l Merck relacionado nas Notas Fiscais nº 112820 e 128328, constato assistir razão ao impugnante, aliás, registre-se, fato reconhecido pelos próprios autuantes que acatarem a alegação e refizeram os cálculos referentes aos meses de março e agosto de 2005, cujos valores passaram, respectivamente, para R\$ 44,10 e R\$ 200,29, permanecendo o mês de maio no valor de R\$ 10.501,88.

No que concerne à alegação defensiva de que os produtos, Kit Nitrogênio Total 0,5-18mg/l Merck; Kit Merck p/ cloro artigo 1148280001, são considerados produtos intermediários, pois estão relacionados diretamente ao processo produtivo, portanto, a utilização do crédito do ICMS gerado na aquisição desses produtos lhe é de direito, em conformidade com o artigo 93, inciso I, alínea “b” do RICMS, certamente não pode prosperar tal alegação, haja vista que tais produtos são utilizados no tratamento de água, portanto, não participam diretamente do processo produtivo, sendo correta a glosa dos créditos.

Assim, a infração 07 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 10.746,27.

Diante do exposto, as infrações 01, 04 e 05 são integralmente subsistentes, as infrações 02, 03, 07 e 08 parcialmente subsistentes, e a infração 06 insubsistente.

Recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Ao tomar conhecimento da Decisão da 1ª JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 1217/1231). Descrevendo as acusações a ele imputadas e a Decisão a que chegou a JJF, entende que deve ela ser reformada com a análise dos novos elementos de prova que deverão ser trazidos, oportunamente, aos autos.

Trazendo a baila as infrações 2 e 3, observa que a acusação fiscal diz respeito à omissão no pagamento do ICMS correspondente à diferença de alíquotas em operações interestaduais e ao crédito indevido do imposto, decorrente da aquisição desses mesmos bens, sendo ambas as acusações referentes às mesmas operações, e têm origem na caracterização dos bens adquiridos como materiais de uso e consumo da empresa.

Afirma que parte desses produtos (Nalco N 22300; Nalco N 2855; Ácido Peracetico; Gás Cloro; Nalco N 20230; Nalco N 6040; Nalco N 9541; Iso-Octano; Fúcsia Básica; Nalco N 2878; Hidrogênio p/ Cromatografia; Hidróxido Amônio) são insumos ou produtos intermediários, em razão de serem utilizados no tratamento de água que alimenta as caldeiras, portanto e inegavelmente, produtos intermediários.

Diz, ainda, que outros produtos têm atuação direta na limpeza dos tanques e tubulações das linhas de produção, sendo que, sem eles a higienização das linhas de produção seria comprometida, inviabilizando a continuidade da fabricação dos produtos dentro dos padrões de qualidade estabelecidos, não restando dúvidas que tais produtos devem ser classificados como produtos intermediários. Neste sentido, também pode classificar como produtos intermediários os materiais utilizados nos laboratórios, especificamente, na análise dos produtos utilizados na industrialização de cervejas e refrigerantes, e no controle de qualidade desses produtos. Da como exemplo, o gás cloro, que atua diretamente na produção, também como verdadeiro produto intermediário, consumindo-se na água utilizada na fabricação das cervejas e dos refrigerantes. Diz que tal situação ocorre com todos aqueles produtos utilizados na etapa que antecede o preparo da cerveja e refrigerantes. Assim não era verdadeira a afirmativa do fisco de que tais produtos “*participam do processo produtivo de forma acessória*”, pois sem as suas utilizações não poderia ter condições de preparar os seus produtos, sendo, portanto, produtos intermediários. Assim e nesta condição, o RICMS/BA, em seu artigo 93, autoriza o aproveitamento do crédito correspondente ao ICMS suportado na operação de entrada, o qual transcreve.

Registra que o assunto não é novidade para as Juntas de Julgamento Fiscal do CONSEF, citando e transcrevendo o Acórdão nº 1795/00. Afirma que por participarem do processo produtivo, tais materiais devem ser tidos como produtos intermediários, autorizando o aproveitamento de crédito contra o qual se opõe o Fisco.

Relativamente aos créditos gerados pelos produtos Caixa Aux AI 3 ent 2 saídas (código 34272) e Aplicação Roscada (rec) (código 48214), diz que estes se referem ao retorno de empréstimo. Que realizou o comodato (empréstimo) desses bens, registrados em seu ativo imobilizado, aos seus clientes, emitindo, para tanto, os documentos fiscais pertinentes. Observa que em tais operações fez incidir o ICMS, conforme pode ser comprovado do exame dos respectivos documentos, que serão, oportunamente, apensados aos autos. E que, quando dos seus retornos, utilizou-se, legalmente dos referidos créditos fiscais.

Entende improcedente a acusação fiscal descrita nas infrações 2 e 3.

Quanto à infração 5, sustenta que não procede a acusação fiscal de que teria recebido diversas notas fiscais de remessa de vasilhame emitidas por seus distribuidores, mas não as registrou em seu livro Registro de Entrada.

Diz que deste a sua defesa inicial, afirma de que não recebeu os vasilhames nas notas fiscais descritos, que entrou em contato com os distribuidores que emitiram as notas fiscais em questão para verificar o que havia acontecido e que não teria motivo para não escriturar tais documentos.

Afirmando de que tais fatos refletem a realidade, entende que cabe ao fisco e não á empresa produzir as provas em contrário. Através de diligência, deve intimar os seus emissores para que comprovem tais operações.

No que diz respeito à infração 7, sustenta que realizou o comodato (empréstimo) de diversos bens, registrados em seu ativo imobilizado, aos seus clientes, emitindo, para tanto, os documentos fiscais pertinentes, sendo os produtos objeto de tais empréstimos os seguintes: Nota Fiscal nº 279.529 - Bandeja Cromada 40x40 c/gela copo; Pré-resfriador chopp G40P banco gelo; Pré-resfriador 2 saídas glicol; Nota Fiscal n. 303.661 - Chopeira caneca AI 3 torn; Chopeira ST1 3 torn; Nota Fiscal nº 298.149 - Kit cabo ligação/alimentação painel; Módulo Woodward digital; Painel elétrico gerador; Nota Fiscal n. 317.051 - Pré-resfriador mod 15 2 saídas 220v 7000; Regulador de pressão 1 saída.

Frisa que em tais operações fez incidir o ICMS, conforme pode ser comprovado do exame dos respectivos documentos, observando que as operações de comodato foram tributadas normalmente, em razão do Fisco baiano entender que a aplicação do artigo 6º, inciso XIV, alínea 'a', do RICMS exige contrato escrito entre as partes. Acrescenta que ao retornar os bens objeto de comodato ao seu estabelecimento, se creditou, conforme legislação, não havendo, desta forma, qualquer utilização indevida, nos termos do art. 112, §1º, combinado com o artigo 93, inciso VIII, ambos do RICMS/BA.

Observa que além dos bens em retorno de comodato, os autuantes relacionaram os produtos, Kit Nitrogênio Total 0,5-18mg/l Merck; Kit Merck p/ cloro artigo 1148280001, que são considerados produtos intermediários, pois estão relacionados diretamente ao processo produtivo, portanto, a utilização do crédito do ICMS gerado na aquisição desses produtos lhe é de direito, em conformidade com o artigo 93, inciso I, alínea "b" do RICMS, razão pela qual deve ser cancelada esta infração.

Conclui suas argumentações requerendo a reforma da Decisão recorrida.

Em 19/10/2010, o recorrente atravessa um aditamento ao Recurso Voluntário interposto.

Em relação às infrações 2 e 3 apensa aos autos a Nota Fiscal nº 519155 para afirmar que o produto (aplicação roscada (rec)) saiu do seu estabelecimento por empréstimo (comodato), sendo que na ocasião o imposto foi destacado no valor de R\$1.536,00. Quando do retorno do bem, conforme legislação, realizou o creditamento fiscal.

Quanto à infração 7, indica duas notas fiscais de retorno, explicando que aquela de nº 477061 se refere ao retorno dos seguintes bens: Bandeja Cromada 40x40 c/gela copo; Pré-resfriador chopp G40P banco gelo; Pré-resfriador 2 saídas glicol, Chopeira caneca AI 3 torn; Chopeira ST1 3 torn e Pré-resfriador mod 15 2 saídas 220v 7000. Quanto a nota fiscal de retorno se refere ao Regulador de pressão 1 saída.

A PGE/PROFIS (fls. 1267/1268), após consignar que o Recurso Voluntário apresenta os mesmos argumentos da impugnação inicial apresentada pela empresa, todos enfrentados pela 1ª Instância, ressalta que o recorrente, à fl. 1252, acosta aditamento ao Recurso Voluntário carreando provas documentais.

Em assim sendo e diante dos princípios da informalidade e da verdade material, entende que as provas documentais acostadas, após o prazo recursal, devem ser apreciadas pelo órgão técnico competente.

E, continua, quanto às infrações 2 e 3, a *“alegação do autuado é a de que tributou as saídas anteriores, por ocasião da remessa das mercadorias sob empréstimo, pelo que, no retorno das mesmas ao seu estabelecimento, teria direito ao crédito fiscal debitado anteriormente. Ocorre que, as notas fiscais de devolução de fls. 1.261/1.262 foram emitidas em 2004, pelo que, de logo, descarta-se a alegação defensiva quanto à nota fiscal de saída de fl. 1.257, já que a mesma foi emitida em 2005, em data posterior.*

Todavia, no tocante às demais notas fiscais de saída colacionadas aos autos, às fls. 1.258/1.261, deverão ser objeto de apreciação pelo diligente, a fim de analisar se as mercadorias constantes destas notas fiscais que foram objeto de retorno por meio das notas fiscais de fls. 1.261/1.262, ou seja, devolução.

Na hipótese de confirmação da devolução o diligente deverá verificar se o imposto foi escriturado e pago no momento das saídas.

Em pauta suplementar do dia 30/03/2011, esta 2ª CJF, após análise do pedido da PGE/PROFIS, decidiu pelo indeferimento da diligência solicitada, “*tendo em vista que nas Notas Fiscais de retorno acostadas às fls. 1261/1262 e emitidas no ano de 2002, não consta qualquer elemento de vinculação em relação às Notas Fiscais de saída, carreadas às fls. 1258/1261 e emitidas em 2004*” (fl.1287).

No seu Parecer conclusivo (fls. 1291/1292), a PGE/PROFIS, após indicar as infrações a que seu Parecer se refere (infrações 2 e 3), tracejar a irresignação do recorrente, o que decidiu esta 2ª CJF e de que o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39, do RPAF/BA, assim se posiciona:

“Impende observar que os argumentos relativos ao mérito das infrações 02 e 03, falecem de tutela. Com efeito, a alegação do autuado é a de que tributou as saídas anteriores, por ocasião da remessa das mercadorias sob empréstimo, pelo que, no retomo das mesmas ao seu estabelecimento, teria direito ao crédito fiscal debitado anteriormente.”

Ocorre que, as notas fiscais de devolução de fls. 1.261/1.262 foram emitidas em 2004, pelo que, de logo, descarta-se a alegação defensiva quanto à nota fiscal de saída de fl. 1.257, já que a mesma foi emitida em 2005 e, portanto, em data posterior.

Cumpra observar que no tocante às demais notas fiscais de às fls. 1.258/1.261, observa-se que os documentos de retomo, emitidas em 2002 e, portanto, sem guardar relação com as notas fiscais de saída emitidas, no exercício de 2004.

Ressaltando de que sujeito passivo não logrou comprovar a devolução das mercadorias, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Passo a apreciar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de desonerá-lo do pagamento do imposto exigido nas infrações 2, 3, 5 e 7 do presente Auto de Infração no valor decidido pela 1ª Instância deste CONSEF.

As infrações 2 e 3 dizem respeito a utilização indevida de crédito fiscal e falta de recolhimento de diferencial de alíquotas relativamente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento.

Em síntese, o recorrente entende que os produtos objeto da autuação fiscal integram seu processo produtivo como insumos ou produtos intermediários e que outros produtos têm atuação direta na limpeza dos tanques e tubulações das linhas de produção, como aqueles utilizados nos laboratórios. Diz que tal situação ocorre com todos os produtos utilizados na etapa que antecede o preparo da cerveja e refrigerantes. Desta forma, a Decisão da JJF não observou as características técnicas dos produtos e sua importância para o citado ciclo produtivo. Afirma, ainda, que os produtos Caixa Aux AI 3 ent 2 saídas (código 34272) e Aplicação Roscada (rec) (código 48214), são bens registrados no seu ativo imobilizado e que saíram por empréstimo e retornaram, sendo nestas operações destacado o imposto conforme determina a legislação tributária. Transcreve o Acórdão nº 1795/00 e requer a improcedência das infrações.

Os argumentos do recorrente, em sede recursal, são os mesmos apresentados quando de sua defesa inicial. A JJF, em respeito ao princípio da verdade material, encaminhou os autos em diligência para que fiscal estranho ao feito, in loco, solicitasse da empresa a demonstração da natureza e as características da efetiva utilização de cada um dos produtos elencados na planilha

que o autuado havia indicado á fl. 1121 dos autos (a mesma trazida em sede de Recurso), o que foi realizado, conforme Parecer ASTEC nº 032/2010 (fls. 1183/1185). Com base na legislação em vigor e deste Parecer prolatou a sua Decisão.

Apreciando, novamente, os argumentos da empresa, passo a decidir.

Em relação aos produtos Caixa Aux AI 3 ent 2 saídas (código 34272) e Aplicação Roscada (rec) (código 48214), embora o recorrente afirme que pertencem ao seu ativo imobilizado, não trouxe aos autos qualquer prova deste fato. Assim, diante das determinações do art. 140, do RPAF/BA, os tomo como bens adquiridos para uso e consumo.

Em relação ao argumento de que tais produtos saíram do estabelecimento da empresa por operação de comodato (empréstimo) e depois retornaram, lembro que as infrações ora em análise tratam da falta de pagamento do diferencial de alíquota e da utilização indevida de crédito fiscal em relação às aquisições de material de uso e consumo. Operação de empréstimo além de ter natureza diversa do que ora se debate, é operação posterior à aquisição do produto. Assim, não tem tal argumento pertinência com a matéria ora discutida, o que me leva a não poder considerar a cópia da Nota Fiscal nº 519155 (fl. 1257).

Quanto aos demais produtos autuados, ressalto que o RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, somente permite o direito de crédito para as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2020 (redação dada pela LC 138/2010). Assim, obriga o contribuinte a pagar a diferença de alíquota quando de suas aquisições interestaduais (art. 5º, I do RICMS/97) e define como material de uso ou consumo do próprio estabelecimento, aquelas mercadorias adquiridas porém não destinadas à “comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, nem, tampouco, consumidas nem integrantes do produto final ou do serviço na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação.” Esta definição encontra-se claramente posta no art. 93, V, b) do RICMS/BA, tendo por base a Lei Complementar nº 87/96 com suas posteriores alterações e Lei Estadual nº 7.014/96.

Diante destas determinações, entendo que o legislador, quando assim se posicionou, estava a distinguir “insumo” (tudo quanto é gasto ou investido visando à obtenção de determinado resultado, produto final ou a prestação do serviço - matéria prima e produtos intermediários) de “material de uso e consumo”. Este Colegiado, em reiteradas decisões, tem se posicionado nesta linha. Para melhor clareza, transcrevo parte do voto da Decisão prolatada no Acórdão CS Nº 0196-21/02 cuja linha segue este Colegiado.

O sistema de crédito que tem imperado na operatividade do ICMS é restrito, não comportando abranger insumos empregados em processos que não estejam diretamente vinculados à produção. Predomina no ICMS, enquanto vedado, por lei, o crédito relacionado às operações de aquisição de bens para uso e consumo, a sistemática do crédito físico, admitindo-se apenas, para fins de compensação, o imposto que incidiu na aquisição de insumos aplicados diretamente no processo produtivo que resulte em saídas de produtos tributados. Assim, se o insumo não for aplicado ou utilizado de forma direta na produção, de maneira que o seu consumo/utilização não guarde relação direta com os produtos finais fabricados, nem como elemento integrante (massa molecular) do produto final, nem como elemento consumido proporcionalmente à quantidade processada (produto intermediário), é vedado ao contribuinte apropriar-se dos créditos fiscais. Constitui exceção a essa regra o ICMS que incidiu na aquisição de bens do ativo imobilizado, configurando um típico crédito financeiro, entre outros previstos em lei. No entanto, os produtos relacionados ao tratamento de efluentes, limpeza do maquinário e das instalações da fábrica e aplicados em laboratório, em verdade são consumidos em função do processo produtivo e não no processo produtivo, posto que a finalidade dos mesmos ou é assegurar a manutenção ou o aumento da vida útil das máquinas e equipamentos da fábrica, a preservar a salubridade do ambiente ou possibilitar o controle de qualidade e pesquisa de novos processos. O consumo daqueles produtos não tem relação direta com a produção. Participam de forma indireta. Nessas circunstâncias, em que as citadas mercadorias, apesar de indispensáveis, não são objeto de consumo no processo produtivo ou na elaboração dos produtos finais, mas participam, por exemplo, do processo de manutenção dos equipamentos, impõe-se enquadrá-los na categoria de material de consumo, cujos créditos só estarão assegurados aos contribuintes a partir do ano de 2003, por força de disposição da Lei Complementar nº 99/99. Nessa linha de entendimento vem se posicionando o CONSEF, através de julgados reiterados, a exemplo das Decisões de suas Câmaras, consignadas nos Acórdãos nºs 0130/00, 0222/00, 1134/00, 1416/00, 1731/00 e

2667/00. Ao examinar a questão objeto da presente lide, os órgãos de Julgamento de segunda instância e a Câmara Superior, vêm decidindo, ainda que de forma não unânime, que é vedado o direito de crédito fiscal as aquisições de produtos destinados a tratamento de água com o objetivo de evitar a obsolescência precoce dos equipamentos industriais bem como o tratamento de resíduos e efluentes derivados do processo fabril.

Na situação dos autos, e em obediência a norma tributária posta e decisões deste Colegiado, é necessário que seja observada a efetiva utilização, na atividade fabril do autuado, dos produtos cujos créditos foram glosados, bem como a cobrada a diferença de alíquota, quais sejam: Nalco N 22300; Nalco N 2855; Ácido Peracetico; Gás Cloro; Nalco N 20230; Nalco N 6040; Nalco N 9541; Iso-Octano; Fúcsia Básica; Nalco N 2878; Hidrogênio p/ Cromatografia; Hidróxido Amônio.

Analisando o Parecer ASTEC nº 032/2010 (fls. 1183 a 1185), inclusive as próprias planilhas elaboradas pelo recorrente, os produtos autuados não são insumos, nem possuem características de produtos intermediários, empregados no processo produtivo e integrante do produto final, pois utilizados na limpeza do maquinário e das instalações da fábrica e aplicados em laboratório. São, em verdade, consumidos em função do processo produtivo e não no processo produtivo, posto que a finalidade dos mesmos ou é assegurar a manutenção ou o aumento da vida útil das máquinas e equipamentos da fábrica, preservar a salubridade do ambiente ou possibilitar o controle da qualidade e pesquisa de novos processos. Ou seja, seu consumo não possui relação direta com a produção.

Por tudo exposto, tais produtos não geram direito a utilização de crédito fiscal, sendo considerados material de uso e consumo e, por consequência, correta a cobrança da diferença de alíquota e a glosa dos créditos fiscais utilizados, uma vez que a exigência fiscal tem base legal. Quanto a Decisão deste Colegiado trazida pelo recorrente para consubstanciar seus argumentos, ela não pode servir de paradigma, pois trata de Decisão em relação a créditos de combustíveis e lubrificantes empregados na atividade comercial da empresa que foro autuado.

Pelo exposto, os argumentos do recorrente não possuem o condão de desconstituir as infrações 2 e 3 do presente Auto de Infração.

Na infração 5 é cobrada multa por descumprimento de obrigação acessória pela falta de escrituração de notas fiscais. Os autuantes fizeram constar no corpo do Auto de Infração que se referem a diversas notas fiscais da remessa de vasilhames emitidas por distribuidores da empresa autuada, constantes dos registros do SINTEGRA dos emitentes e sem o devido registro na escrita fiscal do destinatário.

Ao analisar as peças processuais, resta provado que os autuantes de posse de dados colhidos junto ao SINTEGRA, solicitou aos diversos distribuidores do recorrente a comprovação de todas as notas fiscais nele consignadas. Estes distribuidores, além de apensar xerox dos documentos fiscais, confirmando suas emissões, indicou que algumas solicitadas haviam sido canceladas, o que motivou as suas não inclusões no lançamento fiscal. Tudo isto constas das fls. 521/916 dos autos.

O recorrente sustenta que não recebeu os vasilhames nas notas fiscais descritas, que entrou em contato com os distribuidores que emitiram as notas fiscais para verificar o que havia acontecido e que não teria motivo para não escriturar tais documentos. Entende que cabe ao fisco e não á empresa produzir as provas em contrário, que através de diligência, deve intimar os seus emissores para que comprovem tais operações.

O fisco, desde antes da autuação e conforme acima descrito, já solicitou dos distribuidores do recorrente tais provas. Elas foram entregues. Cabe ao recorrente desconstituir as provas apresentadas, conforme dispõe o art. 142, do RPAF/BA.

E, em relação à não ter motivo para não escriturá-las, lembro ao nobre recorrente do que dispõe o art. 143, do referido RPAF/BA: *A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Em assim sendo, o Recurso Voluntário interposto não desconstitui a infração 5.

A infração 7 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente as mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de março, maio e agosto de 2005. O recorrente, mais uma vez, sustenta que realizou o comodato (empréstimo) de diversos bens, registrados em seu ativo imobilizado, aos seus clientes, emitindo, para tanto, os documentos fiscais pertinentes, seguinte a norma regulamentar. Neste sentido, apresenta cópias das seguintes notas fiscais: Nota Fiscal nº 279.529 onde diz que realizou o empréstimo dos seguintes bens: Bandeja Cromada 40x40 c/gela copo; Pré-resfriador chopp G40P banco gelo; Pré-resfriador 2 saídas glicol; Nota Fiscal nº 303.661 - Chopeira caneca AI 3 torn; Chopeira ST1 3 torn; Nota Fiscal nº 298.149 - Kit cabo ligação/alimentação painel; Módulo Woodward digital; Painel elétrico gerador. Apresenta cópias das Notas Fiscais nºs 477061 e 477062 para comprovar o retorno dessas mercadorias.

Primeiramente, observo que o recorrente somente se defende do imposto exigido no mês de maio de 2005, e em relação àqueles que indica, pois os referentes aos meses de março e agosto de 2005 se referem aos produtos Kit nitrogênio total 0,5-18 MG/l Merck e Kit Merck p/cloro,

Em segundo, as Notas Fiscais nºs 279529, 303661 e 298149 são documentos emitidos no ano de 2002 e a autuação se refere ao ano de 2005. Mesmo que se pudesse comprovar que tais empréstimos tivessem a duração de quase três anos, as Notas Fiscais nºs 477061 e 477062 não guardam relação com as primeiras. Embora tenha sido emitida para o distribuidor das Notas Fiscais nºs 477061 e 477062 e possam ter a mesma quantidade, estes dados não comprovam que eles são os mesmos.

Desta forma, não restou provado de que as notas fiscais de remessa em comodato possuem qualquer vinculação com as notas fiscais de retorno emitidas pelo comodatário referentes às citadas remessas, o que leva a se manter a Decisão recorrida.

O Recurso de Ofício trouxe a esta 2ª Instância a sucumbência parcial do Estado em relação às infrações 2, 3, 6, 7 e 8. Não merece reforma a Decisão recorrida.

Em relação às infrações 2 e 3, foi excluída do levantamento fiscal a mercadoria “caixa de papelão” (código 591). A empresa disse que se creditou do ICMS pago na sua aquisição, pois sua saída é tributada. Informa que a referida caixa é utilizada para armazenamento dos itens da cesta básica e, como a saída dessa cesta básica é tributada, inclusive a embalagem, tinha o direito de assim agir. Os autuantes, na sua informação fiscal e após analisar os registros de saídas da empresa, acatam o argumento apresentado, o que foi ratificado pela JJF. Neste específico caso, está correta a retificação realizada pelos próprios autuantes, já que elas não dizem respeito a material de uso e consumo do estabelecimento autuado.

A infração 06 trata de multa por descumprimento de obrigação acessória já que a empresa foi acusada de ter dado entrada no seu estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de maio de 2006. Os autuantes afirmaram que a empresa teria recebido peças e componentes para filtros, adquiridos através da Nota Fiscal nº 073.782, de 12/05/2006, emitida pela empresa Dedini S/A Indústrias de Base, CNPJ nº 50.109.271/0001-56, contudo, não a registrou em seu livro Registro de Entrada. A nota fiscal foi coletada pelo CFAMT. O estabelecimento autuado alega ser insubsistente a infração e comprova de que houve a recusa dos equipamentos constantes da Nota Fiscal n. 073.782 emitida em 12/05/2006, pela empresa Dedine S/A Indústrias de Base, cujo retorno ao fornecedor foi efetuado através do Conhecimento de Transporte n. 009132 em 17/05/2006, cuja cópia foi remetida aos autuantes que a acostaram aos autos e solicitaram a sua improcedência. Diante da situação, somente posso acolher a Decisão da JJF.

No que concerne à infração 7, os autuantes após análise dos levantamentos fiscais elaborados, reconheceram que houve duplicidade de dados em relação aos meses de março e agosto de 2005. Refizeram o demonstrativo de débito, que de forma correta foi acatada pela Instância de 1º Grau.

Por fim, em relação à infração 8, que diz respeito ao recolhimento a menos ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de

Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

A empresa reconhece como procedente a acusação fiscal, haja vista que incluiu no cálculo do Programa Desenvolve saídas de produtos não abrangidos pelo benefício. Porém os autuantes além de excluir o imposto devido na saída desses produtos, deveriam também ter excluído da apuração do benefício o crédito do ICMS relativo à aquisição desses produtos. Ou seja, para a apuração correta do Programa Desenvolve deveriam ter excluídos tanto o crédito do imposto originado na aquisição desses produtos, quanto o débito do ICMS devido na sua saída. Reconheceu como devido o ICMS no valor de R\$ 111.517,49. Por seu turno, os autuantes acataram os argumentos defensivos, informando de que não foram transferidos os créditos das exclusões efetivadas no cálculo do imposto referente ao DESENVOLVE para a coluna comercialização. Assim refizeram os cálculos, anexando aos autos planilhas sintéticas e analíticas, passando o valor total desta infração para R\$111.517,46, cujo valor já foi recolhido pelo contribuinte. Mais uma vez, a JF acata as modificações realizadas pelos próprios autuantes, o que entendo posição correta, nada tendo mais a acrescentar.

Por tudo exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário interpostos, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao Recurso Voluntário – Infrações 2 e 3)

Analisando os autos e o voto prolatado pela ilustre Conselheira Relatora, pode constar seu acerto no que tange ao Não Provimento do Recurso de Ofício e ao Não Provimento do Recurso Voluntário em relação às infrações 5 e 7, com a qual me alinho.

Todavia, com a devida vênia da nobre julgadora, discordo, em parte, do seu voto relativo ao Recurso Voluntário interposto contra as infrações 2 e 3, ou seja, considero que não existe prova cabal nos autos que embasem o entendimento, manifestado no voto vencedor, acerca do acerto da glosa dos créditos fiscais utilizados pelo recorrente para o gás cloro e a consequente cobrança da diferença de alíquota de ICMS sobre este produto.

Não vejo nos autos nenhum argumento técnico insofismável que afastasse a dúvida atinente a alegação recorrente do sujeito passivo de que o gás cloro integra a cadeia produtiva da produção da cerveja e dos refrigerantes, na condição de produto intermediário.

A posição da ASTEC/CONSEF, no seu Parecer ASTEC nº 032/2010 (fls. 1183 a 1185) sobre a matéria, ao meu ver, carece de maiores subsídios técnicos que permitam asseverar, com segurança, que tal produto (gás cloro) não integra, sob qualquer hipótese, o processo produtivo das cervejas e dos refrigerantes produzidos na fábrica..

O recorrente afirma, categoricamente, que o gás cloro atua diretamente na produção, “*como verdadeiro produto intermediário, consumindo-se na água utilizada na fabricação das cervejas e dos refrigerantes*”. Portanto, reitera que nesta condição, o RICMS/BA, em seu artigo 93, autoriza o aproveitamento do crédito correspondente ao ICMS suportado na operação de entrada, descabendo, neste esteira, a pertinência da cobrança da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de tais produtos advindos de outras unidades da Federação.

Caberia, para dirimir qualquer dúvida, um novo laudo técnico emitido por órgão especializado e com expertise comprovada sobre a questão química que envolve a produção da cerveja e refrigerante específica do recorrente, apontando ali os componentes que participam como insumos e produtos intermediários, de modo a se ter plena convicção da real função do gás cloro no processo de produção, fato este que não ocorreu.

Portanto, como não estou cômico da aplicabilidade das infrações 2 e 3 para este produto, entendo, valendo-me do benefício da dúvida, que o mesmo deve ser afastado das imputações fiscais acima citadas. Por conseguinte, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto, para modificar a decisão recorrida no que tange a estas duas infrações.

RESOLUÇÃO

Acordam os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206830.0001/08-8**, lavrado contra **PRIMO SCHINCARIOL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES DO NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$742.797,04**, acrescido das multas de 50% sobre R\$236.088,56 e 60% sobre R\$506.708,48, previstas no art. 42, incisos, I, “a”, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$91.949,07**, prevista no art. 42, inciso XI do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto ao Recurso Voluntário – Infrações 2 e 3) – Conselheiros(as): Mônica Maria Roters, Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva e Carlos Fábio Cabral Ferreira.

VOTO DIVERGENTE (Quanto ao Recurso Voluntário – Infrações 2 e 3) – Conselheiros(as): Carlos Henrique Jorge Gantois, Rodrigo Lauande Pimentel e José Antonio Marques Ribeiro.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – VOTO DIVERGENTE
(Quanto ao Recurso Voluntário – Infrações 2 e 3)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS