

A. I. Nº - 206940.0041/06-3
AUTUADO - POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A
AUTUANTES - LINDINALVA RODRIGUES DA SILVA e LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 31.08.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0240-04/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Refeitos os demonstrativos originais acatando as comprovações feitas pelo autuado o que implicou na redução do débito. Infração elidida em parte. 2. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos juntados com a defesa comprovam que o levantamento fiscal engloba operações contempladas com o benefício do Regime Drawback que não foi objeto do levantamento fiscal. Declarada nula de ofício as importações contempladas com o Drawback o que pode vir a ser exigido mediante nova ação fiscal. Foram contemplados os pagamentos comprovados não constantes dos demonstrativos originais. Infração procedente em parte. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA O ATIVO FIXO. Diligência fiscal refez os demonstrativos originais excluindo os valores relativos à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, e mantida a exigência relativa a mercadorias adquiridas destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração elidida em parte. Rejeitadas as nulidades suscitadas e indeferido o pedido para realização de perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/11/06, exige ICMS no valor de R\$1.807.773,99, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis - R\$1.006.460,68.
02. Recolhimento do ICMS a menos devido nas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial - R\$612.560,34.
03. Utilizou indevidamente crédito de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte creditou-se de mercadorias adquiridas que não são caracterizadas pelo RICMS/BA, como de ativo permanente, uma vez que foi destinada a setores da empresa que não estão diretamente ligados ao

setor produtivo, como por exemplo, computadores; cadeiras; frigobar; condicionadores de ar; impressoras; etc, adquiridos para o setor jurídico; diretoria; RH e Vendas – R\$188.752,97.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 3375 a 3411), inicialmente discorre sobre as infrações e suscita a nulidade da autuação sob o argumento de que os elementos contidos no processo são insuficientes para identificar com segurança a infração nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA:

- 1) Infração 2 – Por apontar dispositivos genéricos para capitular a infração sem identificar a taxa cambial correta; descrever cobrança de diferença do imposto por falta de inclusão na base de cálculo; exigido o imposto próprio da importação.
- 2) Infração 3 - descreve apropriação de crédito fiscal de bens que não são do ativo permanente, alheio às atividades da empresa e a capitulação da infração recai sobre dispositivos.
- 3) Falta de clareza da infração e capitulação legal, contrariando o princípio da tipicidade fechada e cerceado o seu direito de defesa, além da incerteza e iliquidez do lançamento.

No mérito, quanto à infração 1, pondera que os autuantes não cumpriram o disposto no art. 3º da Port. 455/98, que transcreveu à fl. 3382 e cita parte do voto contido na Res. JJF 2859/98, que decidiu pela nulidade do Auto de Infração 02495031/98, pela indefinição na caracterização da infração.

Afirma que o dever jurídico de pagar tributo ocorre com o fato gerador, que foi ignorado ao dar prevalência à presunção (art. 60 do RICMS/BA), não obstante ter demonstrado a correção do seu procedimento à fiscalização. Cita trecho de doutrinadores acerca das presunções e afirma que cabe ao Fisco o ônus da prova.

Esclarece que auxiliou a fiscalização nos seus trabalhos, que incorreu em equívocos, visto que produz resinas classificadas em padrões A (alta qualidade), B (pior qualidade) e C (pior qualidade que as de A e B), existindo nomenclaturas compostas por números e letras: Saco Solto – SS; Big bag – BB; Strat – ST; Grama – GT, a exemplo dos padrões:

A - IJ33D/BB1250 e TMF-0195/ST1375; B – f-103/SS e 41-DFA/SS; C – ZC-30/SS; D - A1/MB e CERAS/GR.

Exercício de 2004: apuraram omissão de saída de 249.276 Kg de resinas do padrão C, com base no Balanço de Produtos Acabados (BPA), documento de controle interno que registra entradas e saídas internas, segregadas em colunas para os quatro padrões, possuindo o seguinte significado:

(i) Início – saldo de estoque do mês anterior; (ii) Ensaque – mercadorias saídas de produção (produto acabado); (iii) Entrada – compra de resinas utilizadas para produção de outras; (iv) Expedido – saídas com CFOP de venda/transferência; (v) Transferência entre depósitos; (vi) Troca de Embalagem – (exemplo: saco solto em strat ou big bag); (vii) Reclassificação – mudança de classificação entre os padrões (exemplo, saída do A para C); (viii) Movimentação interna – registro de saídas internas, a exemplo de remessa para laboratório, alteração de quadra ou envio para reprocessamento; (ix) Devolução do Cliente – (qualidade ou outro aspecto); (x) Devolução do Fornecedor – (qualidade); (xi) Avarias – Quando sai do padrão A, B ou C para D.

Argumenta que movimentações a título de troca de embalagem, reclassificação, movimentação interna e avarias não devem ser consideradas como saídas do estabelecimento de produtos acabados, e qualquer efeito no pagamento de ICMS, pois são movimentos internos.

Com relação às planilhas feitas pela fiscalização, identificou os seguintes equívocos em 2004:

- a) Considerou as quantidades de mercadorias da nota fiscal de nº 208291, emitida para complementar preço documentado a menos da nota fiscal de nº 208208 (Resina Z-67);
- b) Erro de fórmula das quantidades da resina ZC – 30, cuja soma total da linha 1729 é de 146.000 Kg, enquanto pelo cálculo correto é de 465.350 Kg, conforme demonstrativo à fl. 3387, o que acarretou omissão de saída 249.276 kg (Resina C), se corrigido, nada é devido em 2004.

Ressalta que a fiscalização acrescentou indevidamente no padrão C, o (i) material em poder de terceiros e (ii) estoque em trânsito (não estão contemplados no BPA), que só contempla as saídas por venda e retornos físicos de produtos (CFOP 5906, 5101 e 6101), visto que já estão informadas no BPA (Ensaque). Esclarece que os produtos em poder de terceiros registrados no livro Registro de Inventário (art. 330 do RICMS/BA) aplica-se o mesmo procedimento para as mercadorias em trânsito, não podendo ser consideradas como estoques em trânsito, o que implica em duplicidade, devendo as linhas 22 e 23 das colunas E e H ser zeradas.

Relativamente ao exercício de 2003, foi apurada omissão de saída de 1.680.120 Kg para a resina A, 25 Kg para a resina B e 15.955 Kg para a resina D, o que implicou em diversas incorreções.

- a) Outras Entradas correspondem às quantidades devolvidas por clientes e reclassificadas;
- b) As quantidades indicadas à fl. 3389, é superior às consignadas nas notas fiscais de devoluções devidamente registradas no livro de Registro de Entrada de Mercadorias (REM);
- c) Classificou indevidamente a resina F103D como resina padrão A, quando de fato é padrão B (fl. 3390), o que reduz de 333.062.905 Kg para 333.057.755 Kg (linha 995);
- d) Esqueceu de somar a linha 1764, o que eleva a quantidade de 10.252.655 Kg para 10.259.530 Kg, com acréscimo da quantidade de 6.875 Kg relativo à entrada por transferência.

Diz que as distorções acarretaram uma diferença de 348.865.965 Kg para 348.102.884 Kg, relativo a ajustes nas entradas.

Quanto às demais inconsistências, afirma que a fiscalização para identificar as mercadorias do padrão A, utilizaram os itens (i) produto, entrada e outras entradas; (ii) produtos para revenda; (iii) material em poder de terceiros; (iv) produtos em elaboração e (v) estoque em trânsito.

Exercício de 2004: não deveriam ser computados: materiais em poder de terceiros, produtos em elaboração, produtos em trânsito, implicando em duplicidade das quantidades contidas nos estoques inicial e final, já incluídas na coluna “ensaqué”; mercadorias em poder de terceiros registrados no livro RI; baixa do estoque por transferência (coluna “expedido” do BPA); quantidades remetidas estão incluídas na coluna “Prod; Entr. Outras Entr”, não podendo ser considerada, também, no estoque em trânsito.

Questiona como devem ser considerados os produtos em elaboração, que não pode ser considerado produto acabado em estoque, tendo em vista que ainda está na linha de produção. Conclui esta linha de raciocínio afirmando que as colunas E e H do levantamento fiscal devem ser zeradas, o que conduz à inexistência de omissão de saída de mercadorias do padrão A.

Informa que dado a dificuldade de impressão das planilhas elaboradas pela fiscalização e a necessidade dos recursos do excel para correção em uma planilha gerar efeito em outra, junta ao processo um CD referente ao exercício de 2003 (doc. 7) e outro para o exercício de 2004 (doc. 8).

Alega que o valor exigido é elevado, descabido, precário, requer a improcedência ou realização de perícia fiscal, se não deferido que seja convertido em diligência, formula quesitação a ser respondida, indicando a Srª. Ivana Travassos de Oliveira Sapucaia como assistente técnica.

Quanto à infração 2 (fl. 3395) foi acusado de não incluir as despesas aduaneiras ou aplicar corretamente a taxa cambial na importação de mercadorias e alíquota, conforme dispositivos infringidos aplicáveis na importação de mercadorias, que não corresponde à infração descrita. Destaca, que para o fato gerador de 15/05/04, foi indicado como capitulo legal o art. 97, XII do mencionado diploma legal, que trata de vedação de crédito de bem do ativo, o que conduz à nulidade conforme suscitado na preliminar, vício prejudicial à identificação da infração, cabendo ao impugnante a sua adivinhação.

Diz que com intuito de demonstrar boa fé, passa a identificar inconsistências incorridas pela fiscalização na apuração do recolhimento a menos do imposto na importação, enquadrado no art. 58, I, “e” do RICMS/BA, que trata de base de cálculo e despesas aduaneiras na importação.

Aduz que as despesas aduaneiras contemplam diversos valores, que a fiscalização deveria identificar os que não foram incluídos na base de cálculo, inclusive considerar a Ação Cautelar de Depósito nº 141.98625352-8 (doc. 9), ajuizada em 1998, para discutir a inclusão das despesas de armazenagem e capatazia na formação da base de cálculo do ICMS na importação, por entender ser constitucional, conforme cópia dos depósitos judiciais feitos (doc. 10). Salienta não está discutindo este mérito, discutido na esfera judicial, com depósito dos valores correspondentes, estando com a exigibilidade suspensa e não poderia ser objeto de autuação pelo Fisco.

Ressalta que nos valores de serviço de armazenagem estão incluídos os valores pagos à INFRAERO e a fiscalização segregou indevidamente as colunas capatazia/armazenagem da coluna INFRAERO na planilha auxiliar de cálculo de despesas aduaneiras. Esclarece que contrata serviços do Terminal Químico de Aratu (Ultracargo - Tequimar) e SGS, de forma periódica na movimentação de produtos, lavagem e análise de águas, que não se vinculam a embarques específicos e não podem ser considerados despesas aduaneiras para efeito de inclusão da base de cálculo do ICMS.

Quanto à taxa cambial, diz que a planilha não indica qual é a correta, visto que considerou os valores CIF das importações, valor dos tributos federais (II, IPI, PIS e COFINS). Transcreve o art. 58 e incisos do RICMS/BA (fl. 3399) e diz que a fiscalização acusou de cometer erro que não ocorreu. Afirma que junta as cópias das Declarações de Importações (DI, doc. 12), para tentar provar a correção do seu procedimento, visto que a fiscalização ignorou o fato de que as DIs contemplam operações de importação normal e sujeitas ao regime de Drawback.

Ressalta que estas operações são isentas do ICMS (art. 575 do RICMS/BA), autorizados pelos Atos Concessórios nºs 20040206548, 20040206564, 20040206491, 2004206542 e 2004206416 (doc. 13) e Guia para Liberação de mercadoria estrangeira sem comprovação de recolhimento do imposto (DRAW BACK). Ressalta, que não tendo cumprido o Ato Concessório nº 2004206491 na sua totalidade, procederam ao pagamento relativo ao produto Polietileno Linear Densidade inferior a 0,94, conforme DAE juntado ao PAF (doc. 14). Conclui dizendo que não há incorreção no pagamento do imposto e requer diligência fiscal para provar o alegado.

Relativamente à infração 3, da apropriação de crédito de bens destinados ao ativo que são alheios à atividade fim da empresa, transcreve o art. 97 e incisos do RICMS (fl. 3401) afirmando que os produtos destinaram-se à sua atividade fim (atividade produtivas e comerciais), ficando fora das hipóteses de vedação de crédito prevista no inciso XII do citado dispositivo legal. Pondera que os autuantes não indicaram qual alínea teria infringido, ressalta que não realiza saída isentas ou não tributadas, prevista na alínea “a”, bem como não alienou qualquer bem nos exercícios de 2003 e 2004, adquiridos nos quatro anos anteriores, previsto na alínea “b” sem que a fiscalização tenha indagado sobre estes fatos.

Assegura que tem direito ao crédito na razão de 1/48 nos termos do § 7º do art. 93 do RICMS/BA. Passou a detalhar os equipamentos e sua destinação (fl. 3403), a exemplo de: 12 Válvulas, banho termostático, reometro de torque, molde portinhola/molde gaiola e polibuteno a granel. Solicita que caso não seja decidido pela improcedência deste item, que seja realizada perícia fiscal, para comprovar o alegado. Formulou quesitos que requer sejam respondidos pelo perito, indicando como assistente a Srª. Ivana Travassos e se não acatada, convertida em diligência fiscal.

Discorre sobre o princípio da não cumulatividade, sendo irrelevante a destinação das mercadorias ou bens a que tem direito ao crédito fiscal, a exemplo de cadeiras, impressoras, condicionadores de ar, que são empregados na atividade industrial e operacional da empresa. Transcreve o art. 155 da CF e diz que as vedações ao princípio da não-cumulatividade limitam-se aos casos de isenção e não incidência, embora haja limitações ao crédito, notadamente nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo das empresas (art. 20, § 1º da LC 87/96).

Transcreve trechos de autoria do professor Roque Carrazza, acerca do princípio da não cumulatividade, limitação ao creditamento do ICMS estabelecido pela legislação infra-

constitucional, que entende ser totalmente inconstitucional. Conclui que não existe amparo legal para glosar os créditos do ICMS, como foi feito pelos autuantes.

Por fim, requer a insubsistência do Auto de Infração, protesta pela juntada de documentos para comprovar o alegado e reforça o pedido de perícia/diligência fiscal.

Os autuantes prestam informação fiscal (fls. 4725 a 4732), contestam as nulidades suscitadas e afirmam que mesmo que a tipificação da infração estivesse incorreta, bem como indicação da taxa cambial incorreta, o lançamento não poderia ser anulado, nos termos do art. 18, §§ 1º, 2º, 3º e art. 19 do RPAF/BA, “uma vez que a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário estão perfeitamente caracterizados”.

No mérito, com relação à primeira infração, esclarecem que solicitaram do autuado que informasse quais notas fiscais de complemento de preço constavam no arquivo magnético como saída de mercadorias, tendo feito o levantamento quantitativo de estoques com base nas informações fornecidas por meio magnético, tendo recorrido a dados físicos e apresentado o resultado ao autuado para que verificasse a exatidão dos dados.

Alegam que o fato de ter computado indevidamente nota fiscal (NF 208291) ou errado no somatório, não invalida o levantamento fiscal, visto que o mesmo foi fornecido anteriormente e concedido prazo de mais de trinta dias para que o autuado apontasse inconsistências, antes da lavratura do Auto de Infração.

Dizem que refizeram os demonstrativos, excluindo as quantidades relativas à mencionada nota fiscal nº 208291 (complemento de preço) e corrigiram os erros de soma, conforme novos demonstrativos juntados às fls. 4740 a 4832.

Informam que o levantamento quantitativo de mercadorias teve como base de dados o arquivo magnético; BPA de produção de mercadorias e o livro Registro de Inventário, considerando as notas fiscais consignadas nos arquivos magnéticos, que se referiam à complementação de preço.

Quanto à metodologia de incluir produtos em poder de terceiros ou em trânsito no levantamento quantitativo, entendem, que todo produto acabado deve ser computado no levantamento, tendo em vista que são produtos acabados e devem constar nos estoques do estabelecimento autuado. Alegam que o erro é do estabelecimento da recorrente, que escrutou no livro Registro de Inventário, tanto os materiais em poder de terceiros, como os produtos acabados.

Afirmam que a defesa se contradiz ao dizer que produtos em poder de terceiros não deveriam constar do levantamento por não estar consignado no BPA e em seguida que aqueles produtos deveriam ser reclassificados no padrão A, B ou C, ou seja, contido no BPA na coluna “ensaque”.

Dizem que em verdade o BPA contempla as transferências de resinas, na coluna reclassificação, enquanto os produtos em poder de terceiros referem-se a produtos acabados que foram enviados para o armazém geral. Quanto às mercadorias em trânsito escrituradas no livro RI, dizem que nada têm a declarar, visto que devem ser escriturados nos estoques efetivos do estabelecimento.

Ressaltam que após a exclusão das quantidades relativas à nota fiscal 208291 e correção do somatório da resina ZC-30, ocorreu uma reversão de omissão de saída para omissão de entrada no valor de R\$67.189,08 (fl. 4733), que passa a ser o crédito reclamado para o exercício de 2004.

Com relação ao exercício de 2003, dizem que da mesma forma que o exercício de 2004, foram coletados dados conforme anexo às fls. 414 a 425, e planilha de outras entradas às fls. 390 a 394, não tendo sido ignorados os dados do BPA. Dizem que ignoraram de onde o autuado coletou os dados apresentados no Anexo 5 de sua contestação, que são completamente diversos dos apresentados anteriormente e para comprovar, juntam um disquete autenticado pelo programa autenticador da Receita Federal inserido no SAFA, com o arquivo magnético do BPA de 2003, enviado para o autuante por Cláudio Neri em 16/01/06, o qual foi elaborado por Ana Tereza, em

09/01/06. Dizem que para verificar o autor do arquivo, basta clicar no botão direito do mouse e em seguida clicar no “Resumo”.

No que se refere à resina F-103D, reconhecem que assiste razão ao autuado tendo efetuado as correções devidas. Concordam também que os produtos em elaboração devem ser excluídos do levantamento fiscal. Discordam quanto aos argumentos defensivos acerca de produtos em poder de terceiros e mercadorias em trânsito. Após as revisões/correções, apresentaram demonstrativo no qual o crédito reclamado para o ano de 2003 passa a ser de R\$415.674,13, (fl. 4740).

Com relação à infração 2, ressaltam que o texto que tipifica as infrações é padrão, o que pode induzir a interpretação de erro na apuração da base de cálculo e aplicação incorreta das taxas cambiais, bem como a não inclusão das despesas aduaneiras. Ressaltam que em nenhum momento da autuação fizeram menção à utilização incorreta de taxas cambiais, mesmo porque acataram os valores CIF da importação.

Quanto aos pagamentos do ICMS das operações de importações, afirmam que consideraram os valores recolhidos através de DAEs e dos depósitos efetuados em função de Ação Cautelar, como pode ser constatado à vista dos documentos juntados às fls. 511 a 3206, sendo descabida a afirmação defensiva que não levou em consideração os depósitos vinculados à Ação Cautelar. Mesmo levando em conta os depósitos judiciais, há diferença na base de cálculo das importações.

Em relação à planilha auxiliar que discrimina as despesas aduaneiras, afirmam que as colunas adicionadas relativas ao IPI e II, não desconfiguram o levantamento fiscal tendo em vista que tais impostos compõem a base de cálculo das importações (art. 58 do RICMS-BA).

Relativamente à DI 040301068-8, dizem que os valores das diferenças de IPI e II foram recolhidos, (fls. 3060 a 3062) e que devem ser agregados à base de cálculo daquela importação.

Com referência aos serviços prestados pela Tequimar e SGS, que o autuado alega não poder ser considerado despesas aduaneiras, ressaltam que nas notas fiscais emitidas pelo autuado constam como natureza da operação “armazenagem”, a exemplo dos documentos juntados às fls. 1374 a 1377 e que é indiscutível que tais valores devem ser agregados à base de cálculo da importação.

Esclarecem que durante a fiscalização, intimou a empresa para apresentar os documentos relacionados a processos de Drawback dos exercícios de 2003 e 2004, tendo a empresa só apresentado os que estavam em aberto, não passíveis de conferência. Salientam que solicitaram da defendente que analisasse o levantamento fiscal efetuado, de forma verbal e formal, conforme intimações às fls. 31 a 34, tendo o preposto do autuado, a Srª Ivana Travassos informado que não tinha conseguido os documentos junto ao despachante, o que culminou com a lavratura do Auto de Infração. Aduzem que, tendo o autuado na sua defesa alegado que as DIs 04/1283289; - 04/1164045-8; 04/0964938-9; 04/0963875-1; 04/1173428-2 e 04/0951973-6 estão amparadas por Drawback, mas não foi apresentado qualquer documento para provar tal fato. Dizem que intimaram o impugnante para apresentar novamente os documentos (fls. 4735/36), mas não foram atendidos.

Concluem dizendo que ratificam integralmente o crédito original reclamado.

No que tange à infração 3, dizem que está claro que a infração cometida é a utilização indevida de créditos fiscais de ICMS relativos a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente, conforme enquadramento indicado na fl. 4 do PAF. Salientam que, conforme explicado anteriormente, o texto tipifica infrações num mesmo padrão e que diante da afirmação do recorrente de que não compreendeu a infração, basta analisar os argumentos com relação aos materiais adquiridos, conforme passou a expor.

- 1) 12 válvulas adquiridas para aplicação nos projetos GEMAS (Gerência de Manutenção) - 52 e 55: os materiais foram adquiridos para efetuar manutenção numa coluna nova da unidade de purificação de eteno já existente e adaptação de um tanque, dotando-o de revestimento. Contestam que nos dois casos, “a finalidade foi efetuar recuperação de ativos existentes,

visando torná-los mais eficientes em sua utilização” e não há do que se falar em apropriação de créditos;

- 2) banho termostático e reômetro de torque, adquirido para os projetos ATEC (Assessoria de Tecnologia) – 22 e 49: dizem que pelas considerações do autuado, estes materiais objetivam desenvolver tecnologia ou modelos que possam futuramente integrar o sistema produtivo, com finalidade de permanecer competitivo em qualidade e custo. Entendem que se trata de pesquisa, que pode vir ou não ser integrados à produção e não há do que se falar de crédito.

Quanto ao questionamento da constitucionalidade da legislação, contida na LC 87/96, dizem que não compete a eles se manifestarem sobre a constitucionalidade da legislação tributária, mas que de acordo com a legislação pertinente, efetivamente não constituem ativo permanente do estabelecimento autuado e pedem a procedência integral desta infração.

Destacam que o trabalho de auditoria que resultou na autuação foi exaustivamente apresentado ao autuado, objetivando depurar as irregularidades levantadas, só vindo a constituir o lançamento em decorrência da não comprovação das irregularidades apontadas no levantamento preliminar, inclusive obedecendo à orientação interna da SEFAZ, estreitando as relações com o contribuinte numa relação de parceria.

Ressaltam que não procedem aos argumentos defensivos de desconhecer valores, requisitar documentos que estão juntados ao processo, e apresentar documentos divergentes dos que foram apresentados à fiscalização, entretanto, dizem que acataram provas e argumentos que elidem em parte as infrações apontadas.

Finalizam dizendo que com base na defesa apresentada, foram retificados valores da infração 1 e mantidos os das infrações 2 e 3, o que resultou em crédito reclamado de R\$1.284.176,52.

O autuado protocolou requerimento em 21/12/06 (fls. 4836 a 4838), solicitando prorrogação de prazo de dez dias para atender a intimação do dia 21/12/06, na qual foi concedido prazo de vinte quatro horas para apresentação de documentos, conforme cópia acostada às fls. 4839 e 4840.

Da mesma forma, protocolou outro requerimento no dia 26/12/06 (fls. 4843), reiterando as razões do requerimento formulado no dia 21/12/06.

Os autuantes prestaram a segunda informação fiscal (fl. 4845) em 27/12/06, dizendo que considerando que o prazo para prestar informação fiscal é de vinte dias; esclarecem que não solicitaram documentos e sim explicações sobre dados da defesa que diferem dos apresentados durante a auditoria e que o prazo requerido inviabiliza a informação fiscal, motivo pelo qual não acataram a dilação do prazo requisitada, o que foi homologado pelo Inspetor Fazendário.

O autuado, em nova petição (fls. 4846 a 4848) de 02/01/07, diz que em relação aos esclarecimentos solicitados pelos autuantes, relativamente à infração 1, de quantidades de resinas listadas como reclassificação, “esclarece a impugnante que houve alteração de um dos critérios de elaboração do Balanço de Produtos Acabados – BPA, tendo em vista que as notas fiscais canceladas não deveriam compor a Coluna de Devolução de Clientes”.

Quanto à infração 2 em atendimento à diligência solicitada pelos autuantes, requer a juntada da documentação em nove caixas BOX, acrescidas de um anexo, organizado por ato concessório.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado em 10/01/07, para se manifestar acerca da informação fiscal (fl. 14101), tendo o autuado se manifestado (fls. 14103 a 14123). Inicialmente transcreve as infrações, contextualiza a sequência dos procedimentos, defesa, intimação e reconhecimento dos autuantes de parte da autuação, reduzindo de R\$1.807.773,99 para R\$1.284.176,52. Reitera os argumentos apresentados na defesa inicial de fato e de direito.

Preliminarmente, suscitou nulidade da autuação sob o argumento de que teve cerceado o seu direito de defesa, visto que foi intimado no dia 21/12/06 para apresentação dos documentos que relacionou à fl. 14105 e concedido prazo exíguo de vinte quatro horas. Requeru dilação de prazo,

foi reintimado no dia 22/12/06, para apresentar esclarecimentos sobre as quantidades de resinas listadas como reclassificadas como apresentadas na contestação (fls. 4739), num prazo de vinte quatro horas. Da mesma forma, requereu prorrogação do prazo, manteve contato telefônico com a autuante para apresentar as informações solicitadas, ficando pendente de confirmação de alguns pontos e quando voltou a entrar em contato, não obteve êxito.

Diz que em 27/12/06, tomou conhecimento do indeferimento dos pedidos de prorrogação de prazo, sob justificativa de inviabilidade de prazo para prestar informação fiscal, inclusive da análise dos documentos, neutralizando o trabalho árduo para apresentar um volume relevante de documentos, com intenção de demonstrar a legitimidade dos seus procedimentos, no entanto com o indeferimento do prazo requerido, todos os documentos voltaram para a empresa.

Salienta que embora os documentos estivessem separados para atender a fiscalização realizada, teve dificuldade de selecionar o que era necessário para atender a intimação num prazo de vinte quatro horas. Mesmo assim, trabalhando incessantemente, apresentou toda documentação em 02/01/07, no prazo de dez dias previsto no art. 23 do RPAF/BA e que contrariando a legislação, os autuantes prestaram a informação fiscal, sem considerar os documentos que certamente conduziria ao cancelamento do Auto de Infração em tela. Entende que o prazo mínimo de dez dias deveria ser concedido para cumprir a intimação, o que não foi observado pela fiscalização, e que restringe o princípio da ampla defesa e do contraditório. Transcreve parte da ementa do Acórdão JJF 02-01/02, para reforçar o seu posicionamento e requer que face ao procedimento irregular da fiscalização, deve o feito ser chamado à ordem, sob pena de nulidade por ter sido cerceado o seu direito de defesa.

Reiterou o pedido de nulidade formulado na defesa inicial sob o argumento de que não foi delimitado com precisão a natureza da infração 2, não se justificando do que foi dito pelos autuantes que se trata de um texto padrão do sistema SEFAZ, obrigando-o a realizar uma extensa análise de informações e documentos para demonstrar a inconsistência da autuação.

Alega que diante de tal circunstância deveria ter esclarecido o verdadeiro objeto da infração, por meio de relatório complementar e que a postura da administração viola o seu direito de ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, conforme entendeu o STJ, de que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Transcreve parte do voto do Ministro Gilmar Mendes e as ementas dos Acórdãos CJF 058/00 e JJF 049/00 que decidiram pela nulidade da autuação, para reforçar o seu posicionamento. Ressalta que o Processo Administrativo Fiscal (PAF) objetiva a busca da verdade material, cita trecho publicado dos professores James Marins e Paulo de Barros Carvalho, transcreve ementas dos Acórdãos CJF 1082/01 e CJF 0592/01 para reforçar o seu entendimento. Requer que o processo seja convertido em diligência para que a fiscalização se pronuncie quanto aos documentos juntados ao processo, nos termos do art. 145 do RPAF/BA.

No mérito, quanto à infração 1, afirma que os autuantes acataram parte das alegações defensivas e em relação ao exercício de 2004, restou comprovada a inexistência de omissão de saída de resinas, no entanto, após a informação fiscal é acusado de omissão de entrada no valor de R\$67.189,08.

Ressalta que na informação prestada, a fiscalização acrescentou indevidamente às linhas 22 e 23, para o padrão C, os itens: i) material em poder de terceiros e; ii) estoque em trânsito, e diz que somente produtos acabados poderiam compor a coluna de estoque inicial (E) e estoque final (H), por a remessa e retorno de armazenagem (CFOP 5905 e 6905), não estarem contempladas no BPA, que foi utilizada pelos autuantes.

Reitera seu posicionamento de que as mercadorias em poder de terceiros não devem ser consideradas no estoque inicial e final, o que consiste em duplicidade, por já estarem incluídas na linha 21 – PROD. ENTR. OUTRAS ENTR, conforme previsto no art. 330 do RICMS/BA, cuja redação transcreveu à fl. 14114. Afirma que não entrou em contradição, como quis fazer entender os

autuantes, em relação às mercadorias em poder de terceiros, querendo dizer que nas hipóteses de saídas para armazenagem, caso ocorra avaria, poderia a mercadoria ser reclassificada.

Relativo ao exercício de 2003, mesmo que os autuantes tenham reduzido a exigência de R\$843.721,90 para R\$415.674,13, diz que nada é devido, reiterando os argumentos em relação aos itens mantidos pela fiscalização, por ter quantificado de forma equivocada as quantidades relacionadas em “Outras Entradas” de resina Padrão A, informado nas linhas 900 a 989, superiores às consignadas nas notas fiscais de devoluções, registradas no livro REM, somada às reclassificações que ocorreram no período. Ressalta que ao invés do total de outras entradas de resinas padrão “A” corresponde a 5.550.405 Kg, ele corresponde a 4.785.599Kg (linha 922).

Diz que em razão da segunda intimação recebida, foi informada que no BPA, os “valores” informados para a coluna Devoluções eram superiores aos “valores” informados para a coluna Devoluções no BPA, apresentado junto com a impugnação, tendo identificado o equívoco, mas não teve tempo hábil para esclarecer essa situação.

Salienta que não teve o intuito de confundir a fiscalização e sim pelo fato de que ocorreu mudança de critério na elaboração do BPA. Esclarece que anteriormente, quando ocorria cancelamento de notas fiscais, eram inseridas na coluna Devoluções, mas, ao perceber este equívoco, supriu esses “valores” (cancelamento) dessa coluna, o que gerou a diferença exigida pela fiscalização. Afirma que, pela análise das notas fiscais de cancelamento que junta ao processo (fls. 14124 a 14185), comprova a alteração de critério, e que estava correta a informação contida na defesa.

Quanto às demais inconsistências existentes na planilha “Demonstrativo de Estoques”, diz que os autuantes na identificação das mercadorias enquadradas no padrão “A”, utilizaram os itens: i) produto, entradas e outras entradas; ii) produtos para revenda; iii) material em poder de terceiros; iv) produtos em elaboração e, v) estoque em trânsito. Ressalta que somente produtos acabados e para revenda (linhas 16 e 17), poderiam compor a coluna estoque inicial e final (coluna E e H). Afirma que, além dos produtos em elaboração (já excluído pela fiscalização), os materiais em poder de terceiros e os produtos em trânsito (linhas 18 e 20), também não deveriam constar nas colunas estoque inicial e final, isso porque, o BPA só contempla saídas por vendas e os eventuais retornos físicos de produtos (CFOP 5906, 5101 e 6101), ficando de fora do BPA, as movimentações de remessa de armazenagem de produtos acabados em poder de terceiros e os retornos simbólicos.

Destaca que, assim como ocorreu em 2004, para o exercício de 2003, os lançamentos das quantidades de mercadorias em poder de terceiros no estoque inicial e final consiste em lançamento em duplicidade, visto que já estão informados na coluna “ensaque” e incluídos na linha 16. Reitera seu posicionamento em relação às mercadorias em poder de terceiros e mercadorias em trânsito, conforme estabelecido no art. 330 do RICMS/BA.

Conclui afirmando que é necessário fazer zerar as colunas E e H, da mesma forma que ocorreu com a linha 19 (produtos em elaboração) e que da mesma forma que demonstrado em relação ao exercício de 2004, com a correção dos dados incorretos, não resta qualquer omissão de saída.

Com relação à infração 2, mesmo tendo sido esclarecido pelos autuantes que não se trata de aplicação incorreta de taxa cambial e sim da falta de inclusão de despesas aduaneiras, questiona a falta de clareza da infração apontada, reiterando a nulidade suscitada na defesa inicial.

Entende como despesas aduaneiras, aquelas previstas no art. 58, I do RICMS/BA (AFRMM, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração), cabendo à fiscalização identificar quais desses valores foram ou não incluídos na base de cálculo. Reitera que os autuantes deveriam considerar os depósitos realizados por meio de Ação Cautelar de Depósito nº 140.98625352-8 (doc. 10), ajuizado para discutir o não recolhimento do ICMS sobre as despesas de armazenagem e capatazia, argumentado na impugnação inicial.

Afirma que na informação fiscal, os autuantes acataram uma única nota fiscal (armazenagem), mas que foram juntadas com a mesma, diversas notas fiscais que precisam ser analisadas individualmente, bem como a exclusão dos valores das despesas aduaneiras.

Ressalta que as maiores inconsistências se relacionam com as DIs que indicou à fl. 14121, e que mesmo não tendo sido mencionado, os autuantes “cobraram o valor do próprio ICMS devido nas operações de importações”, ignorando que estas operações contemplavam importação normal e sujeitas ao regime Drawback, devidamente autorizados, tendo juntado ao processo os documentos comprobatórios, que não foram analisados pelos autuantes.

Ressalta que não tendo cumprido na sua totalidade o Ato Concessório nº 20040206491, procedeu o pagamento do ICMS pertinente. Conclui que os valores exigidos nesta infração são indevidos.

Relativamente à infração 3, diz que a fiscalização não considerou os argumentos apresentados, reitera todos os termos, além de requerer a presença de um profissional para analisar sua atividade operacional e se os bens são do ativo permanente conforme quesitação apresentada na defesa (fl. 14122) a ser respondida pelo perito e se não cabível, convertida em diligência. Mantém o posicionamento de que está correto o seu procedimento e requer a improcedência da autuação.

Por fim, ratifica o pedido de insubsistência total do Auto de Infração.

Considerando que na informação fiscal prestada em 27/12/06, (fls. 4724 a 4725), não foi analisado os documentos juntados pelo impugnante às fls. 4848 a 14101, em atendimento à intimação que lhe foi feita nos dias 21 e 22/12/06 (fls. 4839/4840 e 4844), em decorrência do indeferimento dos autuantes e Inspetor Fazendário (fl. 4845), esta JJF decidiu converter o PAF na primeira diligência (fl. 14190), para que os autuante produzissem nova informação fiscal, com base nos documentos juntados às fls. 4848 a 14101.

O autuado juntou nova petição à fl. 14191, em 15/05/07, em atendimento à intimação expedida no dia 07 do mesmo mês, tendo esclarecido que juntou às fls. 14193 a 14454, diversos documentos:

- 1) O Ato Concessório 2004206542 não existe efetivamente, por se tratar de erro de digitação;
- 2) Nenhum Ato Concessório possui aditivo;
- 3) Os relatórios mencionados no item 3, da intimação estão juntados com os demais documentos de cada ato, e são apresentados ao Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX), nos termos do art. 49 da Portaria 35/06;
- 4) Não há incorreção no RE 05/1494458-002 que se reporta no corpo das notas fiscais juntadas ao processo, relativo ao Ato Concessório 2004020654.

O impugnante em 04/07/07 juntou nova petição (fls. 14455/14456) em atendimento à intimação expedida pelos autuantes, relativa a diversas Declarações de Importações relacionadas à fl. 14455, bem como requereu a juntada dos documentos acostados às fls. 14457 a 16434.

Em 20/06/07, o autuado juntou nova petição (fl. 16436) em atendimento à intimação expedida pelos autuantes, relativa à DI 05/0461553-4 e com ela os documentos pertinentes (notas fiscais, DI, documentos de importação e despesas aduaneiras), bem como demonstrativo de cálculo do ICMS devido na importação acostado às fls. 16438 a 16747.

Os autuantes prestaram a terceira informação fiscal (fls. 16749 a 16759) e dizem que em relação à infração 1, após análise e documentos juntados com a manifestação fiscal:

Exercício de 2004: acataram o pedido de exclusão das quantidades de mercadorias em trânsito e em poder de terceiros dos estoques inicial e final, reconhecendo que implica em duplicidade; ajustaram a base de cálculo da resina “C”, que por equívoco não foi efetuada multiplicação e soma na planilha, o que resultaria em R\$112.936,59 e não R\$67.189,08;

Exercício de 2003: acataram todas as alegações, e efetuaram a exclusão das quantidades referentes a estoques em poder de terceiros e em trânsito, das notas fiscais canceladas (fls. 14127 a 14185).

Com os ajustes procedidos, o valor remanescente exigido totaliza R\$59.999,96 no exercício de 2003 (fl. 16636) e R\$72.401,05 no exercício de 2004 (fl. 16635), conforme planilhas juntadas ao processo.

Com relação à infração 2, em relação aos argumentos defensivos de: nulidade, depósitos judiciais, não inclusão do Imposto de Importação e IPI na base de cálculo do ICMS na importação, serviços prestados pela Tequimar e SGS não constituem armazenagem e capatazia, afirmam que mantêm o posicionamento prestado na informação fiscal às fls. 4725 a 4732.

Esclarecem que os serviços de armazenagem/capatazia envolvem todos os serviços prestados durante o carregamento/descarregamento, movimentação e armazenagem de carga, conforme definido no dicionário de logística, que transcreveu às fls. 16750 e 16752.

Com relação às DIs e documentos juntados pelo defendant, esclarecem que em relação a de nº:

a) DI 03/0614828-0 (fl. 16752): foram computadas as despesas aduaneiras, relativas a documentos juntados às fls. 490 a 498, 1368, 1372, 1374, 1375, 1377. Ressaltam que desconhecem outros tipos de serviços que foram agregados aos valores de armazenagem e capatazia.

b) Quanto às demais DIs (relacionadas à fl. 16752): referem-se a atos concessionários de Drawback, cuja documentação não foi entregue em atendimento a intimações, o que foi feito após diligência determinada pelo CONSEF. Afirmam que não foram apresentados os relatórios de importação/exportação; custo de produção vinculado ao Ato Concessório (AC); demonstrativo de ICMS do AC. Apresentou RE e NF em branco ou ilegíveis. Conclui, afirmando que diante da falta de cumprimento das formalidades perante a Receita Federal, não pode considerar correto o procedimento do estabelecimento autuado contemplado com o benefício do Drawback suspensão.

Ressaltam que em atendimento à solicitação da diligência, intimaram o autuado em 07/05/07, para apresentar a documentação num prazo de dez dias, porém, não foi juntada com a documentação necessária a comprovação, com os documentos entregues em 15/06/07.

Salientam que intimou novamente o autuado em 28/05/07, para apresentar a documentação num prazo de dez dias, porém, os novos documentos entregues em 06/06/07, não comprovam o cumprimento do benefício Drawbeck, bem como não apresentou os documentos pertinentes às DIs 06/0173963-3 e 05/0461553-4, tendo apresentado mediante email de 14/06/07, o comprovante da importação relativa à primeira DI.

Esclarecem que intimou o autuado novamente em 14/06/07 para apresentar os documentos relativos à DI 05/0461553-4, os quais foram entregues no dia 20/06/07.

Afirmam que mesmo intimado, o autuado não apresentou os relatórios de produção e consumo de matérias-primas e produtos exportados, conforme compromisso assumido nos AC de Drawback, não restando outra alternativa a não ser fazer uso dos coeficientes técnicos utilizados nos relatórios apresentados pelo impugnante, sem que pudessem aferir o real índice técnico de produção envolvido no processo produtivo de cada matéria-prima de cada AC. Salientam que o autuado assumiu compromisso em AC de exportar diversos produtos, mas exportou produtos diferentes com o mesmo código da Nomenclatura Comum do Mercosul (NCM), que possuem índice de consumo de matéria-prima diversificado.

Ressaltam que na defesa apresentada, o recorrente não admitiu não cumprir a totalidade do AC 200420649-1, referente ao produto Polietileno de Densidade Inferior a 0,94 Linear e que diante da apresentação dos índices, teve a possibilidade de auditar. Esclarece que nos relatórios de comprovação de Drawback, utiliza uma nomenclatura macro para as resinas produzidas, sem apresentar qualquer documento, motivo pelo qual elaborou demonstrativos de acordo com os fornecidos pelo recorrente, tomando como base os produtos exportados consignados nos relatórios de comprovação de AC.

Chamam a atenção de que o autuado efetuou diversas importações utilizando uma única DI, o que dificultou a análise dos documentos apresentados para vincular a mais de um AC e acobertando também, importação sem benefício Drawback, ou seja, com tributação normal.

Tecem comentários sobre o instituto do Drawback, transcrevem o art. 575 do RICMS/BA (fl. 16756) o art. 4º da Port. 4/97 da SECEX, Título 19 do Comunicado 21/97 do DECEX e art. 325 do Regulamento Aduaneiro (fl. 16757), para reforçar o seu posicionamento de que não é possível utilizar o mesmo Registro de Exportação (RE) para comprovação de mais de um AC Drawback, motivo pelo qual consideram que o recorrente não cumpriu as exigências previstas na legislação tributária e desconsideraram quantidades exportadas totais ou parciais de alguns RE, o que resultou em valor total devido de R\$440.530,88, em decorrência de:

- a) apuração de quantidades exportadas inferiores aos compromissos assumidos nos ACs, e consequentemente, falta de recolhimento do ICMS das matérias-primas importadas, totalizando R\$312.466,50;
- b) apuração de recolhimento a menos de importações sob o regime de tributação integral, totalizando R\$128.064,38.

Ato Concessório	Débito	DI
2004020641-6	127.150,00	04/0948658-7
2004020649-1	140.596,96	04/0964938-9
2004020654-8	1.612,19	04/1164045-8
2004020656-4	43.107,35	04/1238328-9
Subtotal	312.466,50	
Tributação Integral	128.064,38	
Total	440.530,88	

Ressaltam que não há do que se falar em nulidade da infração, tendo em vista que os documentos apresentados pelo autuado não permitiram aferir a regularidade das importações contempladas por Drawback, mesmo quando intimado, tendo sido ajustado nesta fase em função dos documentos que foram juntados ao processo, tendo inclusive indicado o enquadramento (art. 575, § 1º; 11; 50, I, “a”; 58, I e 572, tudo do RICMS/BA) e penalidade tipificada (art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96).

No que se refere à infração 3, acrescentam ao que já foi discorrido na informação fiscal (fls. 4725 a 4732), que os materiais adquiridos foram alocados em centros de custo do autuado e não apresentam qualquer relação com a produção (computadores, cadeiras, frigobar, condicionadores de ar, impressoras), destinadas ao Setor Jurídico, Diretoria, Recursos Humanos e Vendas, conforme planilha às fls. 3212 a 3217. Mantêm integralmente a exigência desta infração.

Concluem que com as retificações procedidas nas infrações 1 e 2, o valor remanescente do crédito fiscal exigido é de R\$761.684,86.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 16760), tendo se manifestado às fls. 16762 a 16783. Inicialmente apresentou um resumo cronológico dos elementos contidos no processo, em que reduziu o débito inicial exigido de R\$1.807.773,99 para R\$1.284.176,52, após a defesa inicial e para R\$761.684,86 em momento posterior à realização de diligência.

Reitera preliminarmente requerer a nulidade da autuação, em razão de que os prazos que lhe foi concedido para responder às intimações que lhe foram formuladas com prazo exíguo de vinte quatro horas caracterizam cerceamento do seu direito de defesa, por contrariar o princípio que rege o processo administrativo da ampla defesa e do contraditório.

Requer, também a nulidade da infração 2, por entender que teve cerceado o seu direito de defesa, por falta de delimitação da natureza desta infração, e que não houve ausência de manifestação por parte dos autuantes por apresentar um texto padrão para qualificar a infração, o que a obrigou apresentar um volume de documentos enorme, por não ter certeza da infração que estava sendo

acusado. Alega que até o presente momento, não foram esclarecidos todos os itens que compuseram a base de cálculo do ICMS cobrado, o que acarreta cerceamento ao direito de defesa, conforme previsto no art. 5º da Constituição Federal. Transcreve as ementas dos Acórdãos CJF 058/00 e JJF 049/00, que decidiram pela nulidade da autuação por falta de certeza e liquidez do lançamento. Diz que na situação presente, há limitação de seus direitos e que o Auto de Infração deveria conter a descrição dos fatos de forma clara e precisa, nos termos do art. 39 do RPAF/BA.

No mérito, quanto à infração 1, em relação ao exercício de 2004, ressalta que inicialmente foi acusado de omitir saída de mercadorias tributáveis e diante das incorreções comprovadas da autuação, foi revertida a acusação para omissão de entrada de mercadorias no valor de R\$67.189,08 sem que fosse lavrado novo Auto de Infração, ou aberto prazo para apresentação de nova defesa.

Alega que os autuantes acataram as alegações defensivas, conforme transcreveu à fl. 16.769 e ao recalcarem os valores originais constantes do Auto de Infração, incluíram os valores correspondentes da resina Padrão “C”, sob alegação de que os elementos já se encontravam presentes na planilha original e por equívoco não tinha sido feita a multiplicação correspondente o que tinha resultado em somatório a menos do ICMS.

Afirma que o procedimento adotado pelos autuantes, de alterar a infração 1 de omissão de saída para omissão de entrada, bem como de inserir valores que “não constavam dos cálculos do Auto de Infração original”, é inaceitável e conduz à nulidade do lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator (art. 18, IV, “a” do RPAF/BA). Entende que o prazo exíguo de dez dias para se defender da nova acusação é insuficiente, o que reforça a configuração de nulidade do lançamento, por cercear o seu direito de defesa (art. 5º da CF).

No tocante ao exercício de 2003, destaca que os autuantes refizeram os cálculos na primeira informação fiscal, e após sua manifestação, acataram outros argumentos (exclusão do estoque inicial e final de mercadorias em trânsito e em poder de terceiros; notas fiscais canceladas constantes da coluna devolução do BPA), o que resultou respectivamente na redução do valor original de R\$843.721,90 para R\$415.674,13 e por fim R\$59.999,96.

Afirma que da análise das planilhas apresentadas na última informação fiscal, identificou que:

- a) não foram consideradas todas as notas fiscais de devolução de clientes que foram juntadas ao processo, como foi informado de que as quantidades lançadas nas linhas 900 a 989 (fls. 16772) são superiores às previstas nas notas fiscais de devolução registradas no livro REM, somadas às reclassificações que ocorreram no período e que ao invés do total de entrada de resinas Padrão A corresponder a 5.550.405 kg, ele corresponde a 4.785.599 kg (linha 992);
- b) em razão da segunda intimação, foi informado pela fiscalização que as quantidades informadas no BPA no decorrer da fiscalização, relativas a devoluções, eram superiores ao BPA apresentado junto com a impugnação. Diz que procedeu uma análise e identificou que as diferenças decorreram de uma alteração de critério operacional, tendo em vista que anteriormente, para fins de elaboração do BPA, os cancelamentos de notas fiscais eram inseridos na coluna de devoluções, mas que esta classificação era incorreta, tendo suprimido do BPA, as quantidades correspondentes das notas fiscais canceladas. Conclui que esta supressão (NF canceladas da coluna devoluções), gerou a diferença de quantidades cobradas pela fiscalização, o que pode ser comprovado pela análise das notas fiscais juntadas com a manifestação datada de 22/01/07;
- c) em relação às demais inconsistências, esclarece que os autuantes identificaram para as mercadorias no Padrão A, relativo a produtos nos itens 16 (entradas e outras entradas); 17 (para revenda); 18 (em poder de terceiros); 19 (em elaboração) e 20 (em trânsito). Ressalta que só deveria compor o estoque inicial (coluna E) e final (coluna H), as linhas 16 e 17 (produtos acabados e para revenda), porque o BPA somente contempla saídas por venda e eventuais

retornos físicos dos produtos (CFOP 5906, 5101 e 6101). Afirma que a fiscalização supriu do levantamento fiscal, os produtos em elaboração (linha 19), porém, manteve os materiais em poder de terceiros e em trânsito (linhas 18 e 20), que não estão contemplados no BPA e sim no livro Registro de Inventário (art. 330 do RICMS/BA). Diz que do mesmo modo que ocorreu em 2004, o lançamento das quantidades de mercadorias em poder de terceiros e em trânsito, no estoque final e inicial, configura lançamento em duplicidade, devendo ser zerada as linhas 18 e 20 das colunas “E” e “H”, como foi feito com a linha 19.

Relativamente à infração 2, inicialmente tece comentários sobre a incerteza da acusação, conforme nulidade suscitada e diz que conforme disposto no art. 58, I, “e” do RICMS/BA, que transcreveu à fl. 16776, constitui despesas aduaneiras o que for cobrado do adquirente em referência ao: Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante (AFRMM), armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multa por infração, cabendo à fiscalização identificar se os valores correspondentes foram incluídos na base de cálculo do ICMS devido na importação.

Informa que a fiscalização deveria ter considerado os depósitos judiciais realizados conforme Ação Cautelar de Depósito 140.98625352-8, ajuizada em 1998, para discutir sobre o recolhimento do ICMS sobre as despesas de armazenagem e capatazia, já juntados com a impugnação, que estão com a exigibilidade suspensa e que não podiam ser objeto de autuação.

Ressalta que foram incluídos como serviços de capatazia e armazenagem, serviços contratados da Tequimar (movimentação de octeno, condicionamento do sistema, secagem e enchimento de linha com produto) e Ultracargo (lavagem da linha do pier até o tanque de terra, análise do PH da água antes e após a lavagem, analisar amostras da linha e do tanque), que não se vinculam a embarque, conforme notas fiscais de serviços prestados de forma periódica em momento posterior ao desembarque das mercadorias.

Com relação às maiores inconsistências relacionadas com as DIs 04/0951973-6, 04/1173428-2, 04/0951973-6, 04/0963875-1, 04/0964938-9, 04/1164045-8 e 04/1238328-9, contesta que a fiscalização incluiu indevidamente o valor do próprio ICMS nas operações de importação.

Afirma que também foi ignorado o fato de que tais DIs amparavam importação normal e contemplada com o regime Drawback, devidamente autorizado em ACs, tendo juntado documentos e apresentado outros requeridos pela fiscalização e que não procede o argumento dos autuantes de que a impugnante não apresentou o relatório de custo e produção/consumo, mês a mês e demonstrativo discriminando o cálculo do ICMS relativo ao cumprimento dos ACs. Salienta que estas verificações deveriam ter sido feitas antes da lavratura do Auto de Infração e que tendo juntado todos os documentos que comprovam a regularidade das operações, cabia aos autuantes analisá-los.

Contesta que não apresentou o relatório de produção e consumo dos produtos exportados, por inexistir tal documento (arquivo), tendo encaminhado ao Inspetor Fazendário um relatório de índice técnico de produção do mês de outubro/05, conforme documento acostado à fl. 16786 e planilha de produção (fl. 16784).

Diz que ao contrário do que afirmaram os autuantes que ignora a legislação que está subordinada, sempre cooperou com a fiscalização e mesmo que existisse o mencionado relatório de produção e consumo, não caberia à Fazenda Estadual verificar o cumprimento de ACs, conforme posicionamento do Relator José Bezerra Lima Irmão, no AC 0328-02/05, por ser esta prerrogativa da Receita Federal e caso houvesse erro no produto exportado, a própria DECEX teria vedado a baixa dos ACs.

Destaca que a não consideração de REs vinculados a ACs, sob alegação de que não foram cumpridas as condições previstas, afirma que não é de competência da fiscalização Estadual e sim da Receita Federal, conforme anteriormente explicitado. Diz que conforme informação dos autuantes à fl. 16753, de que utilizou uma única DI para acobertar diversas importações vinculadas

a mais de um AC, transcreve os artigos 141 e 142 da Portaria SECEX14/04 (fls. 16780 e 16781), afirmando que não há qualquer menção nos citados dispositivos de que a “DI deverá estar vinculada a apenas um único ato concessório” e que não houve descumprimento dos requisitos previstos para concessão do regime Drawback que usufrui, tanto que foram devidamente baixados pela DECEX.

Conclui que em razão da vasta documentação trazida ao processo “que não foram analisadas pelos ilustres Fiscais”, não deve ser cobrado da impugnante os valores em comento.

Com relação à infração 3, ao argumento dos autuantes de que os bens do ativo immobilizado objeto da autuação não estão ligados a sua atividade fim, afirma que a fiscalização não considerou os argumentos apresentados por ele na sua defesa e reitera em todos os seus termos.

Requer a realização de perícia fiscal para analisar sua atividade e confirmar suas alegações de que tais produtos são bens do ativo permanente. Formula questionamentos que requer que sejam respondidos pelo perito (fl. 16782), se os bens são utilizados no processo produtivo; como são utilizados; em que medida são utilizados; correlação com os projetos com o processo e correção do creditamento em obediência ao art. 93, V, “a” do RICMS/BA.

Pede a realização de perícia e caso não realizada, convertida em diligência para averiguar os argumentos relacionados ao princípio da não-cumulatividade do ICMS, não restrito por legislação infraconstitucional a não ser nas hipóteses de isenção e imunidade. Requer sua improcedência.

Por fim, ratifica o pedido de que seja julgada a insubstância do Auto de Infração.

A 4^a JJF decidiu converter o processo na segunda diligência à Infaz de Origem (fl. 16.789), para que os autuantes em relação às infrações:

1: analisassem os argumentos e documentos apresentados com a manifestação no tocante às devoluções, reclassificações, estoques e trânsito e em poder de terceiros;

2: juntassem ao processo, demonstrativos relativos aos valores apontados na última informação fiscal e elaborassem demonstrativo de débito, com indicação da data de ocorrência, base de cálculo e valor.

Os autuantes prestaram a quarta informação fiscal (fls. 16792 a 16803), ressaltando que fizeram diversas intimações para que o autuado prestasse esclarecimentos, o que não ocorreu em relação às operações com Drawback; não enviou comprovante de exportação (DI 06/0173963-3 e 05/0461553-4), bem como documentos fiscais que acobertaram esta operação, como relatórios de produção, não restando outra alternativa a não ser “tomar como base de análise, o índice técnico apresentado pela autuada nos relatórios de comprovação de Drawback por ela apresentados”.

Ressaltam que a empresa foi intimada por diversas vezes, conforme documentos às fls. 31, 34, 48, 51, 54 e 55.

Com relação à infração 1, esclarecem que inicialmente deixou de considerar multiplicação na planilha juntada à fl. 4773, tendo sido corrigida na informação fiscal (fls. 1 16749 a 16759), o que reverteu de omissão de saída para omissão de entrada, com enquadramento previsto no art. 322 do RICMS/BA.

Ressaltam que a empresa está sob ação fiscal desde 08/07/05 (fls. 21/24) e foi intimada diversas vezes para apresentar documentação para que o levantamento quantitativo de estoques fosse efetuado de forma mais correta, de acordo com diversas intimações posteriores (fls. 25, 26, 27, 29, 35, 36 e 37), que compreende o período de julho/05 a setembro/06.

Em atendimento a diligência, afirmam que das 62 notas fiscais de devoluções apresentadas, 12 são repetidas, cujas quantidades foram consideradas uma só vez, conforme relacionadas às fls. 16796/16798. Afirmam que em atendimento à diligência anterior (fl. 16.790), não há qualquer alteração a fazer com relação à infração 1.

Com relação à infração 2, mantém o mesmo argumento anterior em relação a nulidade suscitada. Com relação aos depósitos judiciais, esclarecem que foram considerados na coluna 14 (ICMS pago), conforme documentos às fls. 490/492; 499/500 e 16.675/676.

Afirmam que conforme esclarecido às fls. 4725/4732, quanto à alegação de improcedência da inclusão dos impostos federais (II, IPI) e complementações na base de cálculo das importações, os serviços prestados pela Tequimar e SGS são da mesma natureza de armazenagem e capatazia, conforme definição no documento às fls. 16749/16759 contido no dicionário de logística.

Contestam que o Estado é independente na capacidade de tributar, devendo cumprir os requisitos estabelecidos nos artigos 575/581 do RICMS/BA, não importando se a Receita Federal entendeu que a operação de Drawback foi cumprida pela empresa, face à inexistência de texto legal que expresse chancela à Receita Federal, nos termos do art. 7º do CTN.

Refutam o entendimento equivocado do autuado quanto às redações das Port. 14/04 e 04/97, afirmado que cada DI e RE devem vincular apenas a um Ato Concessório, referendado pelo Comunicado DECEX 21/97 e art. 325 do Regulamento Aduaneiro (Dec. 91.030/85), transscrito à fl. 16.757 deste processo.

Relacionou às fls. 16800/16802, os números dos RE, datas e Atos Concessórios vinculados, conforme demonstrado no documento à fl. 16.751.

Com relação à diligência (fl. 16790), esclarecem que nos demonstrativos às fls. 16709/16711, demonstram os valores parciais e total de cada Ato Concessório, com indicação das datas de ocorrência dos fatos geradores e respectivas bases de cálculo.

Por fim, esclarecem que só ocorreu recolhimento de ICMS de operações Drawback relativo ao:

- Ato Concessório 2004020641-6 (20/01/06), conforme demonstrativo à fl. 16.709;
- Ato Concessório 2004020649-1 (14/06/05), conforme demonstrativo à fl. 16.709;

Relativo à importação com tributação integral, informam que os demonstrativos originais foram juntados às fls. 490/492; 499/500, e em função das provas trazidas ao processo, reformulado às fls. 16675/16676. Concluem dizendo que a manifestação do autuado não condiz com a realidade dos fatos (fls. 16762/785).

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 16.804), o autuado manifestou-se às fls. 16806/16823. Inicialmente resumiu a seqüência dos fatos, reiterou a nulidade de cerceamento do direito de defesa (ausência de prazo legal; texto padrão; falta de elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator; reversão de omissão de saída para omissão de entrada).

Com relação à infração 1, resumiu a sequência dos fatos e afirmou que apesar dos autuantes terem acatados diversos argumentos e provas, refeitos os demonstrativos originais, persistem erros em razão de ter ocorrido “alteração de critérios operacionais na elaboração desse documento interno” (BPA), que contemplava na coluna devoluções, as notas fiscais canceladas, procedimento que não era correto e posteriormente foram suprimidas desta coluna. Argumenta que esta supressão culminou na diferença apontada pela fiscalização como se fosse omissão.

Relativamente à infração 2, reitera a nulidade suscitada anteriormente (descrição da infração). Reitera os argumentos quanto à inclusão de despesas relativas a serviços prestados (Tequimar: movimentação de octeno, condicionamento de sistema, secagem da linha e enchimento de linha com o produto e SGS: acompanha lavagem do píer até o tanque de terra, análise do PG da água e após a lavagem, analisar amostras da linha e do tanque, dentre outros).

Com relação às operações de importação sujeitas ao Drawback, afirma que o tratamento tributário da isenção fica condicionado às normas federais, conforme o relator interpretou no Acórdão JJF 0328-02/05. Aduz que caso não tivesse cumprido os requisitos formais, a Receita

Federal (DECEX) teria vedado a baixa e “não compete à Fiscalização do Estado da Bahia a análise do cumprimento dos Atos Concessórios do regime de Drawback”. Conclui dizendo que os valores em comento não podem ser cobrados do estabelecimento autuado.

Relativamente à infração 3, afirma que os autuantes não consideraram os argumentos apresentados na defesa e requer a realização de perícia fiscal para verificar se os produtos em questão “são bens do ativo permanente”. Formula quesitação (fl. 16822) que requer seja respondida ou realização de diligência fiscal.

A 4ª JJF decidiu converter o processo na terceira diligência à Infaz de Origem (fl. 16.828), para que os autuantes em relação à infração 2, juntassem ao processo, demonstrativos relativos aos valores apontados na última informação fiscal e elaborassem demonstrativo de débito, com indicação da data de ocorrência, base de cálculo e valor.

Os autuantes prestaram nova informação fiscal (fl. 16.829), esclarecendo que após a apresentação da documentação fiscal pelo impugnante em 20/06/07 (fls. 16749 a 16759), a infração 2 foi desmembrada em:

- a) Importação com tributação integral;
- b) Importação sob o regime de Drawback.

Informam que com isso houve alteração de quantidade de fatos geradores e que o débito juntado às fls. 16.709 a 16.711 só contempla os fatos geradores decorrentes de importações/Drawback, e após as correções feitas resultaram em 2 ocorrências relativas à infração 1; 148 ocorrências abrangendo a infração 2 e 28 ocorrências referentes à infração 3, tudo conforme informações fiscais prestadas anteriormente (fls. 4725/4732; 16749/16759; 16792/16803).

Finalizam dizendo que procurando cumprir da melhor forma a diligência, reproduziram os demonstrativos originais, com as devidas alterações sofridas, juntadas às fls. 16829 a 16836.

Intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência, o autuado manifestou-se às fls. 16839 a 16846.

Inicialmente resumiu as infrações e razões apresentadas na defesa, contestações das informações fiscais, diligências feitas, manifestações anteriores e em relação à última diligência, diz que pode se chegar a cinco conclusões:

- 1) A infração 2 é nula, na medida que a capitulação legal apontada não corresponde à infração;
- 2) Também por ter modificado critérios para determinação do valor, conforme art. 146 do CTN;
- 3) Foi considerada apenas parte da isenção relativa ao Drawback, sem justificar razões quanto ao restante das operações;
- 4) No mérito, permanecem adicionados na base de cálculo do imposto, serviços que não são considerados despesas aduaneiras, a exemplo dos prestados pela Ultracargo/Tequimar e SGS;
- 5) Há necessidade de realização de perícia, por estranho ao feito para sanear a controvérsia.

Reitera os termos da sua impugnação e manifestação anteriores, pela nulidade da autuação e se assim não entendido, requer a produção de prova através de perícia/ou diligência para comprovar a improcedência da autuação.

A 4ª JJF decidiu converter o processo na quarta diligência à ASTEC/CONSEF para que com base nas planilhas elaboradas pelos autuantes (fls. 3212/3218) identificasse os bens que se caracterizassem como Móveis e Utensílios; Máquinas e Equipamentos, verificasse seus registros na Contabilidade como bens destinados ao ativo permanente e refizesse o demonstrativo de débito (fls. 3207/3211) contemplando os créditos fiscais correspondentes.

A diligente no Parecer ASTEC 101/09 (fls. 16854/16856), disse que identificou no livro Diário Geral os lançamentos contábeis classificados 132.000-ATIVO IMOBILIZADO e excluiu do montante do

débito elaborado pelos autuantes (fls. 3212/3217) o que resultou em débito de R\$2.611,16 conforme demonstrativo apresentado às fls. 16855/16858.

Cientificado do resultado da diligência, o autuado manifestou-se (fls. 17547/17548) dizendo que a diligente não levou em conta os bens que “não estavam escriturados como ativo imobilizado” mas que se destinaram à atividade fim da empresa, a exemplo do Projeto 75 – GEMAS – Gerência de Manutenção, conforme descreveu à fl. 17548. Reitera todos os termos da sua impugnação e manifestações anteriores.

Os autuantes ao se manifestarem acerca do resultado da diligência (fls. 17550/17557), transcrevem o art. 97, IV, “c”, §2º do RICMS/BA e dizem que o texto deixa claro que não basta que os bens sejam destinados ao ativo mobilizado para justificar o crédito, pois há uma segunda condição que é a destinação que se dá aos bens: comercialização, industrialização, produção, centro de custo, etc.

Ressaltam que as planilhas juntadas às fls. 3212/3217, basearam-se nas informações prestadas pelo estabelecimento autuado, tendo relacionado bens aplicados em imóveis por acessão física; materiais de uso/consumo; aplicados na Assessoria de Meio-Ambiente, Gerência de Desenvolvimento, Coordenação contábil, Gerência de Vendas, Coordenação Financeira, Recursos Humanos e Gerência de Manutenção, Assessoria Jurídica, etc., tendo inclusive indicado o número das notas fiscais e discriminação do bem.

Salientam que a diligente classificou como imobilizado: fluído, eletrodos, programas de computador, bens imateriais, cartões de entrada/saída, conta transitória do almoxarifado, fluído de corte, mesas e cadeiras destinados ao Centro de Custos, não tendo observado que a destinação do bem é fator determinante para usufruir o crédito fiscal de acordo com a legislação do ICMS. Requerem que os créditos fiscais sejam considerados indevidos.

A 4ª JJF determinou a realização da quinta diligência (fl. 17560) no sentido de que fossem identificados com base na planilha auxiliar elaborada pelos autuantes, os bens que se caracterizassem como móveis, utensílios, máquinas e equipamentos e refizessem o demonstrativo original contemplando os valores relativos a estes elementos registrados no ativo permanente.

A diligente no Parecer ASTEC 098/10 (fl. 17565) esclarece que a revisão foi feita em reunião realizada com a presença do preposto e o advogado da empresa. Informa que a empresa reitera que os bens objeto da infração 3, foram adquiridos para incorporação em projetos de implantação ou melhoramentos das instalações da empresa, o que justifica a utilização do crédito fiscal.

Afirma que mediante intimação o autuado apresentou planilha descritiva (fls. 17569/17570) que foi confrontada com a elaborada pelos autuantes (fls. 3212/3218) constatando que não consta na planilha original as notas fiscais 571,25,23,135,136e 160 tendo excluído os valores relativos às notas fiscais 90769, 5640, 5642 e 6002 que se caracterizam como móveis, utensílios, máquinas e equipamentos.

Informa ainda que constatou que bens, materiais de uso/consumo e serviços vinculados a projetos de implantação só foram ativados em exercícios posteriores aos fiscalizados, conforme planilha disponibilizada que consigna diversos bens não caracterizados como móveis, utensílios, máquinas e equipamentos (fls. 17590).

Conclui dizendo que em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF junta planilha com exclusão dos valores relativos a móveis, utensílios, máquinas e equipamentos o que resulta em valor devido de R\$188.513,88 na infração 3 (fls. 17591/17592).

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal o autuado manifestou-se (fls. 17597/17600). Comenta inicialmente o teor da diligência e atenta que a referida infração foi objeto de diligência que resultou no Parecer ASTEC 101/09 no qual após análise dos argumentos e documentos apresentados resultou em demonstrativo de débito no valor de R\$2.611,16 (fl. 16858).

Contesta o último Parecer ASTEC por ter glosado os créditos fiscais por ele apropriado decorrentes de entrada de bens registrados como móveis e utensílios sem informar se os mesmos foram destinados ao ativo permanente. Lembra que o art. 20 da LC 87/96 não faz distinção entre

móveis e utensílios e máquinas e equipamentos e que o direito a crédito é assegurado se empregado na atividade fim da empresa destinado ao ativo permanente/imobilizado.

Requer que a diligente esclareça a destinação dos bens cujo crédito fiscal foi glosado de modo que identifique a razão da diferença do seu Parecer com o emitido pela diligente anterior. Reitera os termos das impugnações anteriores e pede a improcedência desta infração.

Os autuantes foram cientificados do resultado da diligência e não se manifestaram (fl. 17609).

A Secretaria do CONSEF acostou à fl. 17611 cópia de detalhamento do PAF constante no SIGAT.

A 4ª JJF decidiu converter o processo na sétima diligência (fl. 17614) para fazer a exclusão de bens (móveis, máquinas e equipamentos) constantes da planilha elaborada pelos autuantes.

A diligente no Parecer ASTEC 057/11 (fl. 17615-A-B-C) esclarece que a controvérsia se dá porque a empresa ao adquirir mercadorias para compor projetos de implementação/instalação registra como “imobilizado em andamento” e se apropria a razão de 1/48 avos no CIAP e na ação fiscal os autuantes glosaram os créditos dos bens adquiridos por se destinarem a centro de custo que entendem ser alheio a produção/industrialização/comercialização, conforme informação da empresa.

Ressalta ainda que bens e materiais adquiridos e aplicados em projetos só foram ativados após a conclusão dos projetos, o que só ocorreu em momento posterior ao período fiscalizado.

Esclarece o questionamento a respeito de reômetro de torque, molde portinhola/gaiola, trocador de calor confirmando que se trata de equipamentos de forma individualizada, sendo que o molde portinhola consignado na nota fiscal 273198 foi adquirido em regime de comodato de acordo com informação da própria empresa (fl. 3214), estando sob esta condição no momento da autuação.

Refez o demonstrativo de débito elaborado pelos autuantes contemplando os valores dos créditos de móveis, máquinas e equipamentos conforme planilhas às fls. 17616/17619 o que reduz o valor da infração 3 para R\$114.322,58 (R\$26.538,55 no exercício de 2003 e R\$87.784,03 em 2004).

Em 23/05 o autuado juntou petição (fls. 17621/17625) que apesar de referenciar este Auto de Infração (206940.0041/06-3) se refere efetivamente a infração 14 do AI 207103.0001/05-6.

Cientificado do resultado da diligência o autuado manifestou-se (fls. 17629/17631). Comenta a sequência dos fatos: diligência da ASTEC que indicou no Parecer 101/09 valor devido de R\$2.611,16; não distinção na LC 87/96 entre móveis, máquinas e equipamentos e sim se os bens não se enquadram como ativo imobilizado e destinados à atividade fim da empresa; requer esclarecimento da diligente para identificar a destinação dos bens cujos créditos fiscais foram glosados. Reitera os termos da inicial e das manifestações posteriores.

Os autuantes prestam nova informação fiscal (fl. 17633), ressaltam que os Pareceres 057/11 e 098/10 foram elaborados com profissionalismo e concordam com os resultados apresentados.

Quanto aos créditos apropriados, reafirmam entendimento de que não bastam serem bens classificados no ativo imobilizado, mas também serem alocados no setor de comercialização, industrialização, produção e “não podem ser alheios à atividade fim do estabelecimento”. Requerem a análise destes aspectos em relação ao demonstrativo de débito original que a diligente foi instada a retirar daqueles demonstrativos.

VOTO

O autuado solicitou a realização de perícia fiscal para verificar a destinação dos produtos em questão relativo à infração 3. Consoante o art. 147, II, “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos com a realização de diligências fiscais efetuadas por estranho ao feito.

Suscitou a nulidade da autuação sob diversos argumentos, o que foi contestado pelos autuantes.

Com relação à alegação de que foram apontados diversos dispositivos genéricos para capitar as infrações. Verifico que o Auto de Infração registra três infrações (omissão de saída/levantamento quantitativo de estoques; recolhimento a menos do ICMS na importação e utilização indevida de crédito). Observo que às fls. 21 a 41, foram expedidas diversas intimações para apresentação de documentos relativos a cada infração, bem como, na defesa foram apresentados diversos argumentos e documentos para tentar comprovar a regularidade das operações referentes a todas as infrações. Além disso, foram realizadas diligências fiscais saneadoras, nas quais foram esclarecidas as dúvidas suscitadas, cujo resultado foram notificados ao autuado, sobre as quais se manifestou. Tudo isso comprova que o impugnante compreendeu do que estava sendo acusado, quer seja pelos argumentos apresentados, quer seja pelos documentos juntados ao processo para exercer o seu direito de defesa. Por isso, entendo que não houve cerceamento do direito de defesa e rejeito a nulidade pretendida.

Da mesma forma, em relação à infração 3, o autuado argumentou falta de clareza da infração e capitulação legal. Descreve ter sido apropriado crédito fiscal de bens que não são do ativo permanente, alheio às atividades da empresa, mas que a capitulação da infração recai sobre dispositivos relacionados a outras hipóteses e não de ser alheio à atividade do estabelecimento. Entendo que o contribuinte entendeu o motivo pelo qual foi autuado e se defendeu, não tendo ocorrido impossibilidade de se defender do que foi acusado. Quanto ao questionamento de que se trata de bens do ativo imobilizado e falta fundamento, entendo que se trata do mérito da questão, o que será apreciado quando do mérito.

No momento que foi intimado (10/01/07), para se manifestar acerca da informação fiscal (fl. 14101), o autuado suscitou a nulidade da infração 3, sob alegação de que teve cerceado o seu direito de defesa, por ter sido concedido prazo exíguo de vinte quatro horas para apresentar livros e documentos, requereu prorrogação do prazo o que não lhe foi concedido. Constatou que o recorrente fez juntada ao processo dos documentos solicitados mediante intimação, tendo o CONSEF determinado à realização de quatro diligências fiscais, nas quais a documentação foi analisada pelos autuantes e pelos diligentes da ASTEC, que refizeram os demonstrativos originais em função dos documentos apresentados, tendo em seguida sido cientificado o recorrente dos resultados das diligências. Logo, mesmo que o prazo concedido tenha sido exíguo, a seqüência dos procedimentos neutralizou seus efeitos, visto que os documentos exigidos foram entregues e analisados, atingindo sua finalidade. Dessa forma, foi exercido, também, o direito de defesa, motivo pelo qual indefiro a nulidade suscitada.

Também, suscitou a nulidade da infração 2 (fl. 3395), argumentando que os dispositivos indicados como infringidos (art. 97, XII do RICMS/BA), não se trata de vedação de crédito de bem do ativo, e que tal incongruência conduz à nulidade. Constatou que nas fls. 2, 3 e 4 foram indicados diversos dispositivos regulamentares que se coadunam com a infração (recolhimento do ICMS a menos na importação), entretanto, de forma equivocada foi indicado à fl. 3, o art. 97, XII do RICMS/BA, que trata da utilização indevida de crédito fiscal. Constatou que também, o autuado compreendeu e se defendeu do que estava sendo acusado, pela descrição da infração, dispositivos indicados corretos, bem como pela realização de diligências, que reformularam demonstrativos originais e apresentaram novos demonstrativos, que foram apresentados ao impugnante, tendo o mesmo se manifestado sobre os mesmos, inclusive citado o art. 58, I, “e” (base de cálculo na importação), com inclusão de despesas aduaneiras (AFRMM, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração), que entendeu ser o dispositivo correto. Por tudo isso, entendo que o autuado pode e exerceu seu direito de defesa, motivo pelo qual, não acato a nulidade suscitada.

No momento que se manifestou sobre a terceira informação fiscal (fl. 16769), o impugnante suscitou a nulidade da infração 1, por ter sido revertida a acusação original de omissão de saída para omissão de entrada de mercadorias, sem que fosse lavrado novo Auto de Infração, ou aberto prazo para apresentação de nova defesa. Rejeito a nulidade pretendida, tendo em vista que no

levantamento fiscal conforme consolidado no demonstrativo original (fl. 66) foi apurada omissão de entrada e de saída de mercadorias tendo sido exigido o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária. Os demonstrativos foram entregues mediante recibo ao autuado na sua totalidade, o que possibilitou exercer seu direito de defesa sobre as omissões apuradas pela fiscalização, tanto de entrada como de saída. Tendo sido acatadas as provas apresentadas com a defesa e manifestação posterior, que resultou em reversão da omissão, foram entregues ao autuado os demonstrativos revisados, o que possibilitou, também, comprovar a omissão apurada pela fiscalização, no prazo de dez dias, como previsto regulamentarmente, não ocorrendo cerceamento ao direito de defesa. Ressalto que este procedimento é previsto na Port. 445/98 e não se faz necessário a lavratura de outro Auto de Infração, como pretendeu o impugnante.

No mérito, quanto à infração 1, na defesa inicial (fl. 3382), o autuado apontou inconsistências no levantamento fiscal:

- 1) Trocas de embalagem, reclassificação, movimentação interna e avaria - não deviam ser consideradas como saídas, pois não se relacionam com saídas de produtos acabados;
- 2) Considerou quantidades de mercadorias em nota fiscal de complementação de preço;
- 3) Erro de fórmula da soma de resina o que distorceu o resultado apurado (2003/2004)
- 4) Computou material em poder de terceiros e estoque em trânsito, na apuração das omissões;
- 5) Computou quantidades de resina (Outras Entradas) de mercadorias devolvidas (2003);
- 6) Classificação incorreta de resina com padrão diferente;

Na primeira informação fiscal (fl. 4725), os autuantes esclareceram que forneceram os demonstrativos do levantamento quantitativo à empresa e concederam prazo superior a trinta dias para identificar inconsistências, antes da lavratura do Auto de Infração. Acataram parte dos documentos apresentados com a defesa, refizeram os demonstrativos originais, excluíram as quantidades relativas à nota fiscal de complemento de preço, corrigiram os erros de soma, inclusive quanto à resina F-103D (classificada no Padrão B e não A), excluíram os produtos em elaboração do levantamento fiscal e efetuaram as correções devidas.

Discordaram quanto aos argumentos defensivos acerca de produtos em poder de terceiros e mercadorias em trânsito, por haver contradição nos argumentos defensivos, afirmando que não deveriam constar no levantamento por não estar consignado no BPA e em seguida que deveriam ser reclassificados no padrão A, B ou C, ou seja, já estava contido no BPA na coluna “ensaqué”.

Com relação às mercadorias em trânsito, contestaram que no livro Registro de Inventário deve ser escruturado os estoques efetivos do estabelecimento.

Apresentaram demonstrativos refeitos às fls. 4740 a 4832, reduzindo o débito original de R\$843.721,90 relativo ao exercício de 2003, para R\$415.674,13 (fl. 4740), e no exercício de 2004, de R\$162.738,78 para R\$67.189,08 (fl. 4733).

Ao manifestar-se sobre a informação fiscal (fl. 4846), o autuado, argumentou que “houve alteração de um dos critérios de elaboração do Balanço de Produtos Acabados – BPA, tendo em vista que as notas fiscais canceladas não deveriam compor a Coluna de Devolução de Clientes” e em nova manifestação (fl. 14101), afirmou que os autuantes acataram parte das alegações defensivas (exercício de 2004), mas manteve o material em poder de terceiros, estoque em trânsito e que as remessas e retornos de armazenagem não estavam contempladas no BPA. Da mesma forma, relativo ao exercício de 2003, reiterou os argumentos sobre quantidades relacionadas em “Outras Entradas” de resina Padrão A que são superiores às consignadas nas notas fiscais de devoluções.

Na terceira informação fiscal (fl. 14749), com relação ao exercício de 2004, acataram e excluíram as quantidades de mercadorias em trânsito, em poder de terceiros, ajustaram a base de cálculo, por não ter efetuado multiplicação e soma na planilha e da mesma forma no exercício de 2003, acataram todas alegações, e efetuaram a exclusão das quantidades referentes a estoques em poder

de terceiros e em trânsito, das notas fiscais canceladas o que resultou em valor remanescente de R\$59.999,96 (fl. 16636) no exercício de 2003 e R\$72.401,05 (fl. 16635) no exercício de 2004.

Na manifestação acerca da informação fiscal (fl. 16769), o recorrente alegou que nas planilhas refeitas pela fiscalização não foram consideradas todas as notas fiscais de devoluções e que após análise, identificou que as diferenças decorrem de alteração de critério operacional, tendo em vista que anteriormente, para fins de elaboração do BPA, os cancelamentos de notas fiscais eram inseridos na coluna de devoluções, mas que esta classificação era incorreta, tendo suprimido do BPA, as quantidades correspondentes das notas fiscais canceladas.

Argumentou também, que a fiscalização suprimiu do levantamento fiscal, os produtos em elaboração (linha 19), porém, manteve os materiais em poder de terceiros e em trânsito (linhas 18 e 20), que não estão contemplados no BPA e sim no livro Registro de Inventário (art. 330 do RICMS/BA).

Em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF (fl. 16.789), prestaram a quarta informação fiscal (fls. 16792 a 16803). Esclareceram que com relação à infração 1, refizeram na informação fiscal anterior a planilha juntada à fl. 4773 (fls. 16749 a 16759), o que reverteu de omissão de saída para omissão de entrada, com enquadramento previsto no art. 322 do RICMS/BA.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal o autuado manifestou-se às fls. 16806/16823, afirmando que apesar dos autuantes terem acatado diversos argumentos e provas, refeitos os demonstrativos originais, persistem erros em razão da ocorrência de “alteração de critérios operacionais na elaboração do...BPA”.

Por tudo que foi exposto, verifico que conforme ressaltado pelos autuantes, o levantamento fiscal foi elaborado com base nas informações prestadas pela empresa, tendo iniciado a ação fiscal desde 08/07/05 (fls. 21/24) e o estabelecimento foi intimado diversas vezes para comprovar a regularidade da movimentação dos estoques, conforme intimações posteriores (fls. 25, 26, 27, 29, 35, 36 e 37), que compreende o período de julho/05 a setembro/06, tendo o Auto de Infração sido lavrado em 07/11/06.

Em atendimento às diligências fiscais determinadas pelo CONSEF, foram refeitos os demonstrativos originais, corrigindo as distorções em função dos argumentos e provas apresentadas na defesa e manifestações acerca de informações fiscais e diligências (erro de soma, reclassificação de produtos, devoluções, mercadorias em poder de terceiros, mercadorias em trânsito, etc.).

Por fim, após a última diligência, alegou que perante os produtos em que ocorreu mudança de critério na elaboração dos BPA, culminou nas diferenças remanescentes apontadas pela fiscalização. Não acato tal argumento, visto que conforme ressaltado anteriormente, do início da ação fiscal até o momento da lavratura do Auto de Infração a empresa teve prazo de mais de um ano para sanear possíveis irregularidades nas informações prestadas à fiscalização, bem como foram realizadas diversas diligências objetivando corrigir inconsistências existentes no levantamento fiscal. Não é razoável, o argumento apresentado de que as quantidades omitidas apontadas no último demonstrativo refeito pela fiscalização decorram de mudança de critério na elaboração do BPA, sem a apresentação de demonstrativos consistentes que evidencie tal alegação.

Assim sendo, acato o demonstrativo de débito juntado pelos autuantes à fl. 16830 e considero devido os valores de R\$59.999,96 (fl. 16636) no exercício de 2003 e R\$72.401,05 (fl. 16635) no exercício de 2004, totalizando R\$132.401,01 na infração 1.

Relativamente à infração 2, na defesa inicial (fl. 3395), o autuado alegou que os autuantes:

- Não indicaram a taxa cambial correta;
- Não consideraram os recolhimentos feitos com a Ação Cautelar de Depósito nº 141.98625352-8;
- Não discriminaram as despesas aduaneiras incluídas na base de cálculo do ICMS;
- Ignoraram as importações sujeitas ao regime de Drawback, que são isentas do ICMS.

Na primeira informação fiscal (fl. 4725), os autuantes informaram que se trata de texto padrão do sistema SEFAZ e que no presente caso não houve utilização incorreta de taxas cambias. Tendo sido cientificado o impugnante da informação fiscal, a primeira alegação perdeu seus efeitos, visto que não deu motivação à exigência do crédito tributário ora reclamado.

Também esclareceram que na apuração do ICMS devido nas operações de importações, consideraram os valores recolhidos através de DAEs e dos depósitos efetuados em função de Ação Cautelar. Constatou que efetivamente nas planilhas elaboradas pela fiscalização, foram contemplados os valores recolhidos por meio de DAEs e também de depósitos efetuados vinculados à Ação Cautelar (fls. 16675/76 e documentos às fls. 511 a 3206). Portanto, não acato a segunda alegação, tendo em vista que, ao contrário do que foi alegado, na apuração do ICMS devido pelas importações realizadas, a fiscalização levou em consideração os depósitos vinculados à Ação Cautelar.

Com relação à terceira alegação (discriminação das despesas aduaneiras), o autuado alegou que foram incluídos nas Despesas Aduaneiras valores que não a compõem e que estão sendo discutidos judicialmente.

No que se refere a valores de serviços pagos a INFRAERO que foram incluídos na armazenagem, verifico que a fiscalização, conforme esclarecido na primeira informação fiscal, na planilha denominada PLANILHA AUXILIAR DE CÁLCULO DE DESPESES ADUANEIRAS, a exemplo da refeita à fl. 16.677, foram indicados valores do “AFRMM, capatazia/armazenagem, arqueação, estiva, multa por infração, Dif. IPI, Dif. II e INFRAERO”. Logo, considerando que as despesas pagas a INFRAERO se referem à armazenagem, tanto faz incluir seu valor na coluna Capatazia/Armazenagem como somar este valor às demais despesas aduaneiras, em ambas situações, são transportados para a planilha de apuração e não altera o cálculo do ICMS na importação.

Da mesma forma, embora tenham sido incluídos na mencionada planilha, os valores do IPI e II (Diferenças recolhidas do Imposto sobre Produtos Industrializados e Imposto de Importação), mesmo que estes valores não configurem “Despesas Aduaneiras”, os mesmos integram a base de cálculo do ICMS devido nas importações, conforme previsto no art. 58 do RICMS-BA. Dessa forma, tanto faz adicionar estes valores (IPI e II) às Despesas Aduaneiras e transportar para a planilha de apuração somando aos demais componentes de custos, como segregá-los e transportar de forma individualizada (IPI, II e Despesas Aduaneiras) que não altera o cálculo do ICMS.

Por isso, embora seja procedente a alegação defensiva, não causou nenhuma distorção no cálculo do imposto, motivo pelo qual não acato. Considero também, que uma vez esclarecido tal procedimento fiscal, foi dado conhecimento ao autuado, o que possibilitou exercer o seu direito de defesa.

Já em relação aos serviços prestados pela Tequimar e SGS, que os autuantes computaram no cálculo do ICMS devido por importação, o impugnante alegou que se trata de prestação de serviços contratados da Tequimar: movimentação de octeno, condicionamento do sistema, secagem e enchimento de linha com produto; Ultracargo: lavagem da linha do pier até o tanque de terra, análise do PH da água antes e após a lavagem e análise de amostras da linha e do tanque.

O impugnante esclareceu que desde 1998, move causa na esfera judicial por entender que os valores destes serviços não devem ser considerados despesas aduaneiras, para efeito de inclusão na base de cálculo do ICMS na importação e realiza depósitos judiciais relativos aos valores correspondentes do ICMS, conforme documento juntado às fls. 4030/4034 e comprovantes de depósitos acostados às fls. 4036/4184.

Tendo o autuado optado pela discussão do mérito, em relação a estas despesas, na esfera judicial, a defesa fica prejudicada no que se refere àquelas despesas, tendo em vista que conforme disposto no artigo 126, do COTEB – Código Tributário do Estado da Bahia e no artigo 117, do RPAF/99, “a propositura de medida judicial pelo sujeito passivo importa a renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa ou a desistência da impugnação ou recurso acaso interposto”. Assim sendo,

conforme disposto no art. 151 do CTN, fica prejudicada a defesa em relação ao mérito das mencionadas despesas e suspensa a exigibilidade do crédito em relação aos valores depositados em juízo, mas não a constituição do crédito fiscal, haja vista que o ato administrativo do lançamento é vinculado, não podendo haver óbices à sua prática.

Pelo exposto, já que o autuado vem depositando os valores correspondentes desde 1998, deve ser mantido o lançamento do ICMS correspondente às despesas em questão, ficando, no entanto, suspensa a sua exigibilidade. Em termos operacionais, ocorrendo quitação do débito relativo a esta infração, a autoridade fazendária deverá deduzir do débito os valores correspondentes que já foram depositados em juízo, tendo em vista que o art. 92 do RPAF/BA prevê que o depósito administrativo tem o condão de elidir a fluência de acréscimos moratórios e de atualização monetária, por analogia, o mesmo deve ocorrer no caso de depósito judicial. Saliento que caso a decisão judicial seja favorável ao Estado o depósito judicial é convertido em pagamento do imposto e caso contrário, será devolvido ao contribuinte com os devidos acréscimos legais.

Com relação à alegação defensiva de que a fiscalização ignorou que as DIs objeto do levantamento fiscal contemplam operações de importação normal e sujeitas ao regime de Drawback, que são isentas do ICMS, inclusive procedido o pagamento do imposto relativo ao cumprimento do Ato Concessório nº 2004206491 na sua totalidade, pela análise dos elementos contidos no processo, fiz as constatações que passo a expor.

Na primeira informação fiscal (fls. 4725/4732), os autuantes esclareceram que durante a fiscalização, intimou a empresa para apresentar os documentos relacionados ao processo Drawback dos exercícios de 2003 e 2004, tendo a empresa só apresentado os que estavam em aberto, não passíveis de conferência. Salientaram que solicitaram da impugnante que analisasse o levantamento fiscal efetuado, de forma verbal e formal, conforme intimações às fls. 31 a 34.

Da análise dos documentos juntados ao processo, verifico que:

- a) As intimações às fls. 31 e 34, especifica apresentação de documentos relativos à importação, relacionados a “planilha anexa”, a qual não identifique ter sido juntada ao processo;
- b) No demonstrativo original juntado pelos autuantes às fls. 490/507, foram relacionadas as DIs objeto da apuração do ICMS devido pelas importações, sem constar qualquer observação quanto a Atos Concessórios de isenção Drawback.

Constato que nos demonstrativos originais elaborados pela fiscalização (fls. 490 a 504) foi apurado valor devido integral do ICMS na importação consignada nas DIs 04/128328-9; 04/1164045-8; 04/0964938-9; 04/0963875-1; 04/1173428-2 e 04/0951973-6, deduzido dos valores recolhidos (ICMS pago). Já nos demonstrativos refeitos pelos autuantes juntados às fls. 16709 a 16711, observo que na sétima coluna foram deduzidos os valores relativos às quantidades nacionalizadas (QUANTE. A NACION.) referentes às mesmas DIs.

Concluo que no levantamento fiscal procedido pela fiscalização, embora tenham sido relacionadas as DIs que contemplavam operações de importações beneficiadas com isenção na modalidade Drawback, a acusação fiscal indica apenas que a empresa “Recolheu a menor o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta da inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial”. Da mesma forma, os demonstrativos originais não evidenciam qualquer apuração de imposto recolhido a menos de operações amparadas por Drawback.

Portanto, acato a tese defensiva de que houve modificação de critérios para determinação do valor, conforme art. 146 do CTN. Entendo que deve ser afastada a exigência do ICMS relativo à importação com benefício de Drawback constante das DIs 04/0948658-7; 04/0964938-9; 04/1164045-8 e 04/1238328-9 totalizando R\$312.466,50 conforme indicado no demonstrativo de débito juntado pelos autuantes à fl. 16.835, visto que a apuração dos valores ora exigidos neste levantamento fiscal, ocorreu durante os procedimentos de saneamento deste processo e constitui de fato uma inovação

do procedimento fiscal. Ressalto que este valor pode vir a ser exigido mediante a instauração de novo procedimento fiscal determinado pela autoridade administrativa fazendária.

Com relação à importação com tributação integral, conforme apreciado inicialmente neste voto, as alegações defensivas não foram acatadas, e não tendo o recorrente apresentado qualquer fato novo na sua última manifestação (fls. 16839/16846) acerca da última informação fiscal, devem ser mantidos os valores remanescentes apontados pela fiscalização. Dessa forma, acato o demonstrativo de débito juntado pelos autuantes às fls. 16830/16835 e considero devido o valor de R\$128.072,12 (R\$52.259,71 + R\$18.445,98 + 57.366,43). Infração elidida em parte.

Ato Concessório	Débito	DI
2004020641-6	127.150,00	04/0948658-7
2004020649-1	140.596,96	04/0964938-9
2004020654-8	1.612,19	04/1164045-8
2004020656-4	43.107,35	04/1238328-9
Subtotal	312.466,50	
Tributação Integral	128.064,38	
Total	440.530,88	

Relativamente à infração 3, na defesa apresentada a empresa alegou que os bens adquiridos que foram objeto do levantamento fiscal se destinam à utilização na sua atividade fim ficando fora das hipóteses de vedação de crédito prevista na legislação do ICMS. Por sua vez os autuantes contestaram afirmando que se trata de aquisição de bens destinados à manutenção ou adaptação do sistema produtivo, e mesmo que se caracterizem como ativo imobilizado são alheios às atividades do estabelecimento.

Objetivando sanear o processo o CONSEF determinou a realização de três diligências.

Com relação ao primeiro Parecer ASTEC 101/09 (fls. 16854/16856), a diligente considerou o crédito fiscal relativo a tudo que foi registrado no livro Diário Geral como ativo imobilizado o que resultou em débito de R\$2.611,16. O autuado contestou dizendo que não levou em conta os bens não escriturados como ativo imobilizado, mas que se destinaram à atividade fim da empresa. Os autuantes também contestaram afirmando que não basta serem destinados ao mobilizado, mas também a condição serem destinadas: comercialização, industrialização, produção, centro de custo, etc.

Verifico que conforme salientado pelos autuantes foram mantidas as aquisições de bens aplicados em imóveis por acesso físico; materiais de uso/consumo, etc. Pelo confronto dos demonstrativos originais (fls. 16869/16874) com o elaborado pela diligente à fl. 16857, constato que foram considerados créditos relativos às aquisições de: fluído, eletrodos, programas de computador, bens imateriais, cartões de entrada/saída, conta transitória do almoxarifado, fluido de corte, respiradores faciais, máscaras autônomas, anéis de engates, bujão, selante, fitas de impressoras, telhas, joelho, niple, massa seladora, esguinchos, mangueira de incêndio, etc.

Pelo exposto, restou caracterizado que a diligente considerou a utilização de créditos fiscais escriturados pelo autuado relativos a materiais destinados a uso/consumo, cujo direito no período fiscalizado só estava autorizado a partir de 01/01/07, ou seja, mercadorias não destinadas à comercialização, industrialização, produção, geração, extração ou prestação, por não serem consumidas nem integrarem o produto final ou na condição de elemento indispensável ou necessário à sua produção, composição ou prestação (§ 11 da LC 87/96). Por isso, não acato o Parecer ASTEC 101/09 (fls. 16854/16856).

Com relação ao Parecer ASTEC 098/10 (fl. 17565) a diligente excluiu os valores relativos às aquisições de móveis, utensílios, máquinas e equipamentos e manteve (crédito indevido) de bens adquiridos que foram destinados a projetos de implantação, mas que só foram ativados em exercícios posteriores aos fiscalizados apontando valor devido de R\$188.513,88 (fls. 17591/17592).

O autuado contestou dizendo que foram glosados créditos fiscais sem informar se os mesmos foram destinados ao ativo permanente.

Pelo confronto do demonstrativo original elaborado pelos autuantes (fls. 16869/16874) constato que foram mantidos como indevidos os créditos fiscais de equipamentos individualizados a exemplo de: Reômetro de torque (jul/03) com valor de R\$368.156,51; molde portinhola/gaiola (out/03), com valor de R\$841.619,97; trocador de calor bitubular (jan/04) com valor de R\$360.804,52. Dessa forma não acato o Parecer ASTEC 098/10, tendo em vista que conforme anteriormente relatado, os equipamentos adquiridos foram empregados em projetos industriais e de acordo com o disposto no art. 93, § 17, I do RICMS/BA, é assegurado o direito do uso do crédito relativo às entradas de bens destinados do ativo imobilizado à razão de um quarenta e oito avos por mês, devendo a primeira fração ser apropriada no mês em que ocorrer a entrada no estabelecimento. Logo, está correto o procedimento da empresa em relação à utilização dos créditos fiscais relativos às aquisições de equipamentos utilizados no processo industrial.

Relativamente ao Parecer ASTEC 057/11 (fl. 17615) no mesmo foram considerados os valores dos créditos fiscais referentes às aquisições de móveis e utensílios, máquinas e equipamentos. O autuado contestou invocando em seu favor o Parecer ASTEC 101/09 e que a LC 87/96 não faz distinção entre móveis, máquinas e equipamentos, bem como não ter sido identificada a destinação dos bens cujos créditos fiscais foram glosados. Já os autuantes rebateram dizendo que não basta os bens serem classificados no ativo imobilizado, mas sim alocados na comercialização, industrialização, produção.

Quanto à invocação do Parecer ASTEC 101/09 não pode ser acatado, tendo em vista que conforme acima apreciado a diligente manteve os créditos fiscais relativos às aquisições de materiais destinados a uso/consumo, cujo direito no período fiscalizado só estava autorizado a partir de 01/01/07 (fluido, cartões de entrada, respiradores faciais, máscaras, anéis, fitas de impressoras, telhas, joelho, niple, massa, mangueira, etc.).

Com relação ao argumento de que não foi identificada a destinação dos bens cujos créditos fiscais foram glosados, também não acolho, visto que o citado Parecer foi elaborado de acordo com a orientação contida na diligência determinada pelo CONSEF para que fosse excluído o que não constituísse móveis/utensílios, máquinas e equipamentos. Logo, pelo confronto do demonstrativo elaborado pelos autuantes (fls. 3212/3217) com o elaborado pela diligente (fl. 17616/17618), cuja cópia foi fornecida ao autuado, foram excluídos os créditos fiscais relativos a materiais destinados a uso e consumo (macacão, corel draw, sist alarme, cartões de entrada, fluido de corte... etc) que a legislação tributária veda a sua utilização. Ressalto que de posse do demonstrativo elaborado pela diligente, a empresa não apontou qualquer produto e destinação.

No tocante ao argumento defensivo de que a LC 87/96 não faz distinção entre móveis, máquinas e equipamentos e dos autuantes de que a condição para utilização dos créditos fiscais relativos a bens do ativo imobilizado é de que sejam alocados na comercialização, industrialização, produção, faço as seguintes apreciações.

1. O art. 20 da LC 87/96 assegura o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria destinada ao ativo permanente, restringindo este direito quando em processo de industrialização ou comercialização, a saída do produto resultante não for tributada, isentas ou alheias à atividade do estabelecimento, a exemplo de veículos de transporte pessoal.
2. Os materiais aplicados na construção de imóvel (a exemplo de telha, coluna, painel de madeira), incorporados à edificação por acessão física “perdem sua individualidade econômica após a instalação, não podem ser considerados como bens do ativo imobilizado, para fins de aplicabilidade da legislação tributária estadual, ainda que possam ser lançados na contabilidade com esta classificação” (Parecer GECOT/GETRI 173011-2009/8).

3. Já os bens adquiridos destinados ao ativo imobilizado são destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, podendo ser alocados e realocados dentro da empresa para atender suas necessidades, podendo vir a ser desincorporados.

Pelo exposto, entendo que é assegurado o direito de utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de máquinas e equipamentos utilizadas no processo de industrialização (a exemplo de reômetro de torque – R\$368.156,51; trocador de calor – R\$360.804,52). Da mesma forma, as aquisições de equipamentos, móveis e utensílios destinados à manutenção das atividades do estabelecimento (computadores, impressoras, armários, mesas, cadeiras, fax, gaveteiros e outros similares). Mesmo porque, estes bens possuem mobilidade, podendo ser utilizados na produção, industrialização ou comercialização e realocados para atenderem à manutenção das atividades do estabelecimento, logo, não podem ser considerados alheios à atividade do estabelecimento.

Ressalto que conforme dito pela diligente não foi considerado o crédito fiscal relativo ao equipamento molde portinhola consignado na nota fiscal 273198 por o mesmo estar sendo utilizado em regime de comodato no momento da autuação, como informado pelo autuado (fl. 3214).

Por tudo que foi exposto, acato os demonstrativos feitos pela diligente no Parecer ASTEC 057/11 (fls. 17616/17619) ficando reduzido o valor da infração 3 para R\$114.322,58.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração. Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário, relativo exclusivamente às despesas aduaneiras (Tequimar e SGS) na infração 2. Também, represento a autoridade competente para renovar o procedimento fiscal em relação as operações de importação pelo regime Drawback.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206940.0041/06-3 lavrado contra **POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$374.795,71**, acrescido das multas de 60% sobre R\$242.394,70 e 70% sobre R\$132.401,01 previstas no art. 42, inciso II, “a”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Fica suspensa a exigibilidade do crédito tributário até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário, relativo exclusivamente às despesas aduaneiras (Tequimar e SGS-infração 2).

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR