

**PROCESSO** - A. I. Nº 206940.0041/06-3  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A.  
**RECORRIDOS** - POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0240-04/11  
**ORIGEM** - IFEP INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 21/09/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0255-12/12

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** Refeitos os demonstrativos originais acatando as comprovações feitas pelo sujeito passivo, implicando 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 embora tenham integrado o levantamento fiscal não foram objeto da acusação objeto da imputação 03. Excluída, de ofício, a parcela da imputação relativamente às importações contempladas com o regime *Drawback*, situações que podem vir a ser objeto de nova ação fiscal, para verificação da regularidade das operações realizadas, face aos indícios constantes na documentação do contribuinte analisada pelos agentes fiscais e acostada aos autos. Foram contemplados os pagamentos comprovados e que não constavam dos demonstrativos originais. Infração procedente em parte. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA O ATIVO FIXO.** Diligência realizada por fiscal estranho ao feito refez os demonstrativos originais excluindo os valores relativos à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado, sendo mantida a exigência relativa a mercadorias adquiridas destinadas ao uso e consumo do estabelecimento. Infração elidida em parte. Rejeitadas as nulidades suscitadas e não acolhidas as alegações genéricas acerca de necessidade de nova Diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 206940.0041/06-3, lavrado em 07/11/2006 para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.807.773,99, acrescido das multas de 60% e 70%, em razão de três imputações.

Os Recursos de Ofício e Voluntário referem-se às três Infrações.

**INFRAÇÃO 1.** 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. Exercícios fechados de 2003 e de 2004. ICMS no valor de R\$1.006.460,68, acrescido da multa de 70%.

INFRAÇÃO 2. 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 desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial. Período de 12/2002 a 12/2004. ICMS no valor de R\$612.560,34, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 3. Utilização indevida de 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 bens de ativo permanente, uma vez que foram destinadas a setores da empresa que não estão diretamente ligados ao setor produtivo como, por exemplo, computadores, cadeiras, frigobar, condicionadores de ar, impressoras, dentre outros, adquiridos para o setor jurídico, diretoria, setor de Recursos Humanos - RH e setor de vendas. Período de 01/2003 a 11/2004. ICMS no valor de R\$188.752,97, acrescido da multa de 60%.

O Fisco acostou, às fls. 16 a 3373 (volumes I a XIV), documentos que consistem, dentre outros, em Termos de Início de Fiscalização e de Prorrogações da Fiscalização, Termos de Intimação Fiscal, cópias de correspondência eletrônica trocada entre Fisco e sujeito passivo; demonstrativos do levantamento fiscal realizado, cópias de documentos fiscais.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento às fls. 3374 a 3408 (volume XV), acostando documentos às fls. 3410 a 4722 (volumes XV a XVIII).

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 4725 a 4732 (volume XVIII), acatando parcialmente as razões defensivas em relação à Infração 1 e revisando os dados documentais e os cálculos efetuados, com isto reduzindo o débito originariamente lançado referente ao exercício de 2003 de R\$843.721,90 para R\$415.674,13, e o débito referente ao exercício de 2004, de omissão de saídas efetivas com ICMS respectivo de R\$162.738,78, para omissão de saídas presumidas (entradas) com ICMS no valor de R\$67.189,08. Mantiveram integralmente os débitos relativos às imputações 2 e 3. Os agentes fiscais acostaram documentos e novos demonstrativos fiscais às fls. 4737 a 4834.

O contribuinte voltou a pronunciar-se às fls. 4837 e 4888 solicitando dilação de prazo para apresentar a documentação exigida nas Intimações cujas cópias anexa às fls. 4839 e 4844, e o seu pedido foi indeferido às fls. 4841 e 4845. O sujeito passivo novamente pronunciou-se às fls. 4847 e 4848 (volume XIX), acostando documentos às fls. 4849 e seguintes.

A Inspetoria Fazendária intimou o contribuinte à fl. 14.101 (volume XLVI) para se manifestar acerca da informação fiscal, e esse se pronunciou às fls. 14103 a 14123, reiterando os argumentos apresentados na sua defesa inicial.

À fl. 14190 (volume XLVI), considerando que na informação fiscal prestada às fls. 4724 a 4725, em decorrência do indeferimento dos autuantes e Inspetor Fazendário à fl. 4845, não foram analisados os documentos juntados pelo impugnante às fls. 4848 a 14101, em atendimento à intimação que lhe foi feita às fls. 4839, 4840 e 4844, então em sessão de pauta suplementar a 5ª JF decidiu converter o PAF na primeira diligência à Infaz de origem, para que os autuantes produzissem nova informação fiscal, com base nos documentos juntados pelo sujeito passivo às fls. 4848 a 14101.

O impugnante juntou nova petição e documentos às fls. 14.191 a 14.453, 14455, 14456 (volume XLVII), fls. 14457 a 16434, fl. 16436 e fls. 16438 a 16747.

Os autuantes acostaram documentos às fls. 16.634 a 16747 (volume LV) e prestaram a terceira informação fiscal às fls. 16749 a 16759, acatando parte das alegações defensivas. Assim, em relação à Infração 1, para o exercício de 2003 novamente reduziram o débito originariamente, restando a cobrança de ICMS no valor de R\$59.999,96 (fl. 16.636); e para o exercício de 2004 restando o débito de ICMS no valor de R\$72.401,05 (fl. 16.635). Em relação à Infração 02, reduziram

o valor de imposto cobrado de R\$612.560,34 para R\$440.530,88. Mantiveram integralmente o débito lançado na imputação 3.

O sujeito passivo novamente se manifestou às fls. 16762 a 16783.

Às fls. 16789 e 16790, em pauta suplementar a 4ª JJF decidiu converter o processo em segunda diligência à INFAZ de origem e em seu atendimento os autuantes se pronunciaram às fls. 16792 a 16803.

O contribuinte voltou a manifestar-se às fls. 16806 a 16823.

À fl. 16.828 a 4ª JJF decidiu converter o processo na terceira diligência à INFAZ de Origem, e em seu atendimento os autuantes às fls. 16830 a 16836 reproduziram os demonstrativos fiscais originais, detalhando as alterações sofridas, prestando nova informação fiscal à fl. 16.829.

Tendo recebido cópia da nova informação fiscal e dos demonstrativos anexados, o sujeito passivo manifestou-se às fls. 16839 a 16846.

Em sessão de pauta suplementar, a 4ª JJF decidiu converter o processo em quarta diligência, dessa feita dirigida à ASTEC/CONSEF.

Às fls. 16854 a 16856 (volume LVI) Auditora Fiscal diligente designada emitiu o Parecer ASTEC/CONSEF nº 101/09, reduzindo o débito originalmente lançado relativo à Infração 03 de R\$188.752,97 para R\$2.611,16, em demonstrativo de débito elaborado às fls. 16855 a 16856.

Cientificados do resultado da diligência, o autuado manifestou-se às fls. 17547 e 17548 (volume LVII) e juntou documentos às fls. 16865 a 17541 (volumes LVI e LVII), e os autuantes manifestaram-se às fls. 17550 a 17557. Ambas as partes contestaram o resultado da diligência.

À fl. 17560 a 4ª JJF determinou a realização da quinta diligência, novamente à ASTEC/CONSF, e em seu atendimento foi prolatado o Parecer ASTEC/CONSEF nº 098/10 (fl. 17565) reajustando o valor relativo à Infração 3, do montante originalmente lançado do no Auto de Infração (R\$188.752,97) para R\$188.513,88, conforme planilha que anexa às fls. 17591 a 17591, e demonstrativo de débito à fl. 17592.

O contribuinte novamente manifestou-se às fls. 17598 a 17600, e às fls. 17602 a 17604.

À fl. 17614 a 4ª JJF, em sessão de pauta suplementar, decidiu converter o processo em nova diligência à ASTEC/CONSEF e em seu atendimento foi emitido o Parecer ASTEC/CONSEF nº 0057/2011 (fls. 17615-A a 17615C) reajustando o valor relativo à Infração 3, do montante originalmente lançado do no Auto de Infração (R\$188.752,97) para R\$114.322,58, deste total sendo o valor de ICMS exigível de R\$26.538,55 para o exercício de 2003, e de R\$87.784,03 para o exercício de 2004, conforme planilha que a digna Diligente anexa às fls. 17616 a 17619, e demonstrativo de débito à fl. 17620.

Às fls. 17629 a 17631, cientificado do resultado da diligência o autuado manifestou-se reiterando os termos da impugnação inicial e das manifestações posteriores. Os autuantes prestaram nova informação fiscal à fl. 17633 concordando com os resultados apresentados pela Diligente frente às solicitações que lhe foram feitas pela 4ª JJF, e requerendo a análise dos aspectos referentes aos créditos apropriados pelo contribuinte no CIAP, em relação ao demonstrativo de débito original do Auto de Infração.

O julgamento unânime em primeira instância julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0240-04/11, às fls. 17638 a 17664. Em seu voto assim se expressa o ilustre Relator:

#### 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 capitular 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. Constatado 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. Constatado 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. Constatado 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:*

*Trocas de embalagem, reclassificação, movimentação interna e avaria - não deviam ser consideradas como saídas, pois não se relacionam com saídas de produtos acabados;*

*Considerou quantidades de mercadorias em nota fiscal de complementação de preço;*

*Erro de fórmula da soma de resina o que distorceu o resultado apurado (2003/2004)*

*Computou material em poder de terceiros e estoque em trânsito, na apuração das omissões;*

*Computou quantidades de resina (Outras Entradas) de mercadorias devolvidas (2003);*

*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. Acatarem 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 “ensaque”.*

*Com relação às mercadorias em trânsito, contestaram que no livro Registro de Inventário deve ser escriturado 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 acatarem 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, acatarem 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, acatarem 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.16.635) 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 cambiais. 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. Constatado 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 DESPESAS 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:*

*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;*

*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 desembaraço, 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 04/128328-9 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	DIs
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 física; 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, fluído 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 (fluído, 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 alheios 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 o os demonstrativos refeitos 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.*

A Junta recorreu de ofício da Decisão nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 27679 a 17700, em apertada síntese pede a reforma da Decisão *a quo*, argui a tempestividade da apresentação do Recurso Voluntário, descreve as imputações, e diz que inicialmente relata que em relação à Infração 1 os Autuantes reconheceram a inexistência de omissão de saídas, e refizeram os demonstrativos da infração para passar a exigir crédito tributário de ICMS apoiado em supostas omissões de entrada, e que a impugnação teria sido pautada em acusação de omissão de saídas.

Quanto à Infração 2, o Recorrente afirma que teria restado comprovado que a maior parte dos fatos fiscalizados não coincide com a capitulação da infração, porque, a autuação diz respeito à suposta insuficiência de recolhimento de ICMS – Importação, em razão do erro na determinação da base de cálculo da exação pela não aferição das despesas aduaneiras e da incorreta apuração da taxa cambial, mas que ficou demonstrado que parte das operações fiscalizadas dizem respeito a operações submetidas ao regime de *drawback* e tais operações foram, acertadamente, excluídas

da quantificação do débito. Aduz que não haveria insuficiência de recolhimento de ICMS em relação a essas operações de *drawback*.

Assevera que em relação às demais operações ele, Recorrente, “possui” ação judicial discutindo a não inclusão de alguns serviços que lhes são prestados no conceito de “despesas aduaneiras”, tendo depositado em juízo o valor do ICMS apurado com base nestes serviços, e que a Junta de Julgamento Fiscal entendeu pela impossibilidade de adentrar no mérito da discussão, mantendo o lançamento no que diz respeito ao ICMS calculado sob tais serviços, reconhecendo, porém, a suspensão da sua exigibilidade nos termos do artigo 151, II, do Código Tributário Nacional - CTN.

Prossegue expondo que a Fiscalização computou valores atinentes a diferença de IPI e de Imposto de Importação recolhidos por ele, Recorrente, enquanto despesas aduaneiras. Que, apesar de reconhecer textualmente que tais valores não compõem o conceito de despesas aduaneiras, a Junta de Julgamento Fiscal manteve o lançamento sob a justificativa de que, apesar de não se enquadrarem enquanto “despesas aduaneiras”, tais valores seriam base de cálculo do ICMS nos termos do artigo 58 do RICMS/BA.

O Recorrente passa a falar sobre a imputação 03 aduzindo que esta se refere a suposto creditamento indevido por parte dele, Recorrente, por apropriação equivocada de créditos de ICMS relativos a bens de ativo que teriam sido destinados a atividades alheias ao objeto social da empresa. Que após longa instrução manteve-se parcialmente o lançamento, excluindo-se da sua base de cálculo os valores que efetivamente refere-se a bens de ativo e mantendo-se o valor relativo a bens de “uso e consumo”.

O contribuinte volta a arguir a nulidade do lançamento, trazendo argumentos já expostos em suas manifestações anteriores nos autos do processo.

Aduz que as bases de tais nulidades seriam:

- I. o relato da Fiscalização não conteria os elementos necessários à compreensão da infração imputada e não teriam sido especificados os elementos que ensejaram a autuação. Diz que a realização das diversas diligências seria prova de sua alegação. Discorre acerca de lançamento. Alega que teria sido violado o artigo 18 do RPAF/99.
- II. as bases de cálculo utilizadas para todas as infrações estariam equivocadas. Fala sobre princípios constitucionais, lançamento, obrigações do agente administrativo, cita julgados administrativos em outros processos. Afirma que o lançamento não poderia ser “convalidado” apenas pela exclusão de valores reconhecidamente incompatíveis com a suposta infração cometida.
- III. afirma que ato nulo não pode ser convalidado, e copia o artigo 18, IV e parágrafo 1º, do RPAF/99. Diz que apesar da acertada iniciativa da JJF no sentido de providenciar diligências, estas diligências fiscais afiguram-se-iam, em seu entendimento, como novo lançamento tributário, porque o trabalho da fiscalização fora alterado, notadamente no que tange à base de cálculo utilizada na quantificação das imputações. Diz que a Fiscalização e o lançamento seriam nulos.

O contribuinte passa a arguir a improcedência da imputação 1 repetindo os seus argumentos da impugnação originária e aduzindo que na Decisão de base foram mantidos alguns pontos em relação à Infração 1, que detalha como:

- I. Em relação ao ano de 2004, os Agentes Fiscais acataram, de plano, os argumentos dele, Recorrente, restando comprovada a inexistência de omissões de saída de resinas.
- II. Todavia, apesar da capitulação da Infração nº 1 tratar-se de “*Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis (...) apurado mediante levantamento quantitativo de estoques (...), levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis*” os Auditores Fiscais passaram a acusá-lo de ter omitido entradas de mercadoria, cobrando assim o valor de R\$67.189,08, vindo depois a acatarem as alegações trazidas por ele, Recorrente.

Que, contudo apesar da concordância dos autuantes com as argumentações trazidas por ele, Recorrente, recalcularam os valores originais constante do Auto de Infração de forma a incluir imposto correspondente a resinas Padrão “C”, sob a alegação de que, *“apesar de todos os elementos para o cálculo estarem presentes na planilha (...) por um equívoco a multiplicação não foi efetuada e conseqüentemente, o somatório do ICMS cobrado ficou menor”*.

Que ele, Recorrente, esclareceu que o procedimento adotado de alterar a Infração 01 de forma que a descrição passou a ser falta de pagamento do imposto em razão de omissão de entrada, que antes era omissão de saída, bem como computar valores que outrora não constavam dos cálculos do Auto de Infração original, seria inaceitável, acarretando a nulidade do procedimento administrativo. Que a JJF, contudo, manteve o lançamento, sob o “pretexto” de que ele, Recorrente poderia ter se defendido da nova capitulação. Que, todavia, seria inconteste que não se pode alterar o critério quantitativo do lançamento. Repete que a imputação 1 seria nula. Resume os fatos do processo aduzindo que em nova Diligência os autuantes reduziram os valores lançados e que ele, Recorrente, esclareceu que na planilha elaborada pelos Fiscais não teriam sido consideradas todas as notas fiscais de devolução de clientes já devidamente juntadas, o que acarretaria a necessidade de uma nova análise dos Fiscais, de forma a manifestarem-se sobre todos os documentos apresentados, e fora determinada nova diligência, em atendimento à qual os Auditores esclareceram que o procedimento adotado encontra-se correto, tendo sido consideradas todas as notas fiscais de devolução de clientes, sendo certo que a afirmação dele, Recorrente, de que as mesmas não haviam sido analisadas, eram falaciosas. Que os Fiscais informaram que ele, Recorrente, havia juntado um total de 62 notas fiscais, das quais 12 o foram em duplicidade. Que quanto às notas fiscais em duplicidade esclarece ele, Recorrente, que, quando da apresentação das notas fiscais canceladas, juntara os documentos fiscais por produto cancelado, de forma a facilitar o procedimento fiscal, e em razão de tal procedimento, realmente, acabaram sendo juntadas notas fiscais em duplicidade, uma vez que as mesmas possuíam mais de um produto lançado, mas que não pretendeu que se considerassem nota em duplicidade, mas sim os produtos lançados na nota fiscal.

O Recorrente afirma nada dever e que na impugnação apresentada teria sido identificado que as quantidades de resina referentes às linhas de “outras entradas” corresponderiam à soma de quantidades de resinas devolvidas por clientes e resinas reclassificadas. Que, neste sentido, fora informado que as quantidades lançadas *“nas linhas: 900, 901, 903, 912 a 921, 923, 924, 925, 927 a 931, 939, 948 a 955, 957, 958, 961, 966, 967, 968, 970, 972, 973, 974, 978, 983, 984, 988 e 989, pela Fiscalização”*, eram superiores às previstas nas notas fiscais de devolução, registradas no livro Registro de Entradas, somadas às reclassificações que ocorreram no período. Que, assim, foram apresentadas notas fiscais de devolução e Relatórios de Movimentação Interna, que contemplariam as quantidades de reclassificações, para comprovar as quantidades corretas que deveriam ter sido lançadas na coluna “Quantidades” da planilha “Entradas de Mercadorias”. Que, considerando essa informação, ao invés de o total de “outras entradas” de resinas Padrão A corresponder a 5.550.405 kg, ele corresponderia a 4.785.599 kg (linha 992). Que, no entanto, em contato com os Agentes Fiscais em razão da segunda Intimação recebida, então ele, Recorrente, fora informado que no seu Balanço de Produtos Acabados - BPA recebido no decorrer da fiscalização os valores informados para a coluna Devoluções eram superiores aos valores informados para a coluna Devoluções no “BPA” apresentado junto à Impugnação.

Que diante dessa informação ele, Recorrente, procedeu imediatamente a uma comparação entre os documentos mencionados no intuito de confirmar se efetivamente as informações constantes seus dos Balanços de Produtos Acabados - BPAs eram diferentes, e identificou o equívoco levantado pela Auditora Fiscal. Que a razão dessa diferença entre os seus “BPAs” decorreu de uma alteração de critérios operacionais na elaboração desse seu documento interno, e que assim quando o “BPA” fora gerado para ser juntado à defesa administrativa, a empresa já possuía novo critério para o preenchimento da sua coluna “Devoluções”. Que em seus registros, anteriormente, para fins de elaboração do “BPA”, as hipóteses de cancelamento de notas fiscais eram inseridas na coluna “Devoluções”, mas decidiu-se internamente que essa classificação não estava correta e

todos os valores relacionados a notas fiscais de cancelamento foram suprimidos dessa coluna. Que esta supressão teria gerado a diferença de valores ora cobrados pela Fiscalização, como se tivesse ocorrido omissão, mas que pela análise das notas fiscais de cancelamento que ele, Recorrente, juntara por ocasião da sua manifestação datada de 22 de janeiro de 2007, esta sua alteração de critério teria restado comprovada.

Diz que teria havido equívocos na planilha Demonstrativo de Estoques, que lista como:

- I. para a identificação das mercadorias no Padrão A, o Fisco utilizou os itens (linhas 16 a 20): (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.
- II. somente produtos acabados (linha 16) e produtos para revenda (linha 17) poderiam compor a coluna de Estoque Inicial (coluna E) e a coluna de Estoque Final (coluna H).
- III. além dos produtos em elaboração (linha 19), já eliminados pela Fiscalização desse levantamento, verificava que os materiais em poder de terceiros (linha 18) e os produtos em trânsito (linha 20) também não deveriam ter constado das colunas Estoque Inicial (coluna E) e Estoque Final (coluna H) porque o seu “BPA” somente contemplaria as saídas por venda e os eventuais retornos físicos de produtos (CFOP 5906 e CFOP 5101 ou 6101), e assim as movimentações de remessa de armazenagem de produtos acabados, (mercadorias em poder de terceiros), bem como o posterior retorno simbólico dessas mercadorias não estariam contempladas no seu “BPA” com essa natureza, e que esta teria sido a base de dados utilizada no levantamento fiscal.
- IV. Que, assim como ocorreu no ano de 2004, para 2003 o lançamento das quantidades de mercadorias em poder de terceiros no estoque inicial e no estoque final também consistiria em lançamento em duplicidade, porque as mercadorias já estariam informadas no seu “BPA” desde a sua produção, na coluna “Ensaque” e, portanto, incluídos nas quantidades lançadas na linha 16 – “PROD.;ENTR.OUTRAS ENTR”, da planilha Demonstrativo de Estoques. Que o fato de as mercadorias estarem em poder de terceiros deve estar mencionado no Livro Registro de Inventário, conforme estabelecido pelo artigo 330 do RICMS/BA, e que igualmente se aplica esse raciocínio aos produtos em trânsito. Que no momento da transferência das mercadorias é emitida a nota fiscal de transferência, destacado o ICMS devido e o produto deixa de fazer parte do estoque de produto acabado da matriz, e que nesse momento os referidos produtos constariam da coluna “Expedido” do seu “BPA”. Que, nesse sentido, as quantidades de remessas já estariam consideradas na linha PROD.;ENTR.OUTRAS ENTR (linha 16), coluna “Saídas” da planilha Demonstrativo de Estoque, e não poderiam ser novamente consideradas na linha estoque em trânsito, ou seriam consideradas em duplicidade. Que, assim, conclui que as linhas 18 e 20 das colunas E e H também deveriam ser zeradas, como foi a linha 19 (produtos em elaboração).

Que assim, da mesma forma como demonstrado para o ano de 2004, no ano de 2003 a correção das informações acabaria com a omissão de saída e o correspondente saldo devedor de ICMS para o Padrão A.

O contribuinte transcreve trecho da Decisão *a quo* (“...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 decorreram de mudança de critério na elaboração do BPA, sem a apresentação de demonstrativos consistentes que evidencie tal alegação”) e aduz que este posicionamento atentaria contra o seu direito de defesa.

Afirma que neste PAF todas as infrações foram reduzidas por conterem erros na definição do *quantum debeatur* e seria razoável prestigiar os seus argumentos.

Que diante deste cenário restariam as duas possibilidades de ou se cotejar os argumentos técnicos defensivos dele, Recorrente, ou se reconhecer a nulidade da Decisão de piso neste particular, para que retornassem os autos à primeira instância administrativa, a fim de que a instrução processual debatesse, à saciedade, os argumentos defensivos postos para o exercício de 2003.

Que, outrossim, no que tange ao exercício de 2004, para o qual a Fiscalização reconheceu a inexistência de omissões de saída, haveria de se declarar a improcedência do lançamento, ante a impossibilidade de utilizar, como base do lançamento, o valor das supostas omissões de entrada.

Que admitindo-se, só para argumentar, que caso assim não se entenda, também deveriam retornar os autos à instância inferior, para que fosse concedido a ele, Recorrente, o direito de defender-se da nova infração que lhe fora imputada, que denomina de supostas omissões de entrada.

O contribuinte passa a falar acerca da Infração 2, que aduz ser improcedente.

Afirma que nesta imputação, além dos valores cujo lançamento foi entendido como procedente na Decisão *a quo*, o crédito constituído teve a sua exigibilidade reconhecida como suspensa nos termos do artigo 151, II, do CTN, e que os valores relacionados a fatos que não se subsumem ao lançamento foram excluídos da imputação, remanescendo ainda discussão acerca da mesma.

Diz que a capitulação legal do lançamento trataria da suposta insuficiência no recolhimento do ICMS na importação de mercadorias, em razão do erro no cômputo das despesas aduaneiras, bem como no erro da utilização da taxa cambial. Ressalta que o lançamento não traria valores relativos a diferenças de taxa cambial, o que seria mais uma inconsistência do lançamento, remanescendo, apenas, discussão acerca do cômputo das despesas aduaneiras. Que haveria incongruência do lançamento porque na definição da infração é descrita uma conduta e o enquadramento legal referir-se-ia a conduta alheia à capitulada. Que, tendo em vista o fato de a Fiscalização estar considerando que ele, Recorrente, teria recolhido ICMS a menos em razão da falta de inclusão de valores na base de cálculo, na capitulação legal deveria constar algum dispositivo que disciplinasse esse tema, mas isso não teria ocorrido. Que o RICMS/BA entende como despesas aduaneiras aquelas cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração, conforme prescreve o seu artigo 58, I, “e”. Que as despesas aduaneiras são compostas por diversos valores, cabendo à Fiscalização identificar quais desses foram, ou não, incluídos na base de cálculo do ICMS.

Diz ter havido incongruência na utilização do valor de R\$258.317,70 a título de despesas aduaneiras, relacionado à Declaração de Importação (“DI”) nº 04/0301068-8. Que, de acordo com a planilha anexa ao Auto de Infração, denominada “Planilha Auxiliar de Cálculo de Despesas Aduaneiras – a partir de maio de 2004”, verifica-se que esse valor é composto pelos seguintes itens: capatazia/armazenagem (R\$ 13.155,04), multa por infração (52.462,56), DIF IPI (R\$ 35.770,00) e DIF II (R\$ 156.930,00). Que o dispositivo que estabelece quais itens devem compor as despesas aduaneiras não prevê itens relacionados a eventuais diferenças de IPI e Imposto de Importação. Que caso existissem tais diferenças, deveriam ser objeto de outra infração, ou de novo lançamento, posto que a infração em comento refere-se a despesas aduaneiras. Que se não bastasse a capitulação legal não coincidir com as normas citadas, a Fiscalização se teria utilizado de valores que não estariam compreendidos no conceito de despesas aduaneiras.

Que a Fiscalização aceitou, para fins de determinação da base de cálculo do ICMS, os valores CIF e os valores dos tributos federais (II, IPI, PIS e COFINS) como corretos. Que o fato de haver previsão de inclusão do IPI e do Imposto de Importação na base de cálculo do ICMS não autorizaria a inserção destes valores na infração, que diz respeito a “despesas aduaneiras”. Que, assim, não procederia o lançamento, e deveria ser também excluído o valor do ICMS calculado com base na diferença de Imposto de Importação e de IPI pagos por ele, Recorrente, porque tais valores não se subsumem ao conceito de despesas aduaneiras.

O Recorrente passa a falar sobre a Infração 3, que também aduz ser improcedente.

Diz tratar-se de suposto creditamento de ICMS em razão de bens de ativo que foram supostamente destinados a fins alheios à atividade social dele, Recorrente.

Que também teria havido incongruência entre a base do lançamento e o *quantum debeatur*. Que da leitura da Decisão recorrida ficaria claro que parte do imposto que se está exigindo decorreria da suposta aquisição de bens destinados ao uso e consumo dele, Recorrente. Aduz que bens de uso e consumo nada teriam a ver com a infração 3.

Que se o que se exige é o ICMS em razão do creditamento indevido de bens de ativo que foram destinados a atividades alheias ao objeto social dele, Recorrente, o que se deveria perquirir é se os bens de ativo foram, ou não, destinados a atividades alheias ao objeto social da empresa e não se poderia admitir, nesta infração, a exigência de ICMS em razão do enquadramento dos bens adquiridos enquanto material de uso e consumo. Que se ficou evidenciada a existência de créditos de ICMS exigidos, na infração 3, em razão do enquadramento do bem adquirido enquanto material de uso e consumo, tais operações deveriam ser excluídas do *quantum debeatur* por não se subsumirem ao objeto do lançamento.

Afirma que o Parecer ASTEC nº 101/09 entendeu pela redução do lançamento, após cotejar os fatos fiscalizados e o lançamento realizado. Que neste Parecer foi excluído, da base do lançamento, o valor das operações de aquisição de ativo, bem como o valor das operações de aquisição de material de uso e consumo, porque tais operações não seriam objeto do lançamento.

Que assim, considerando-se as operações de aquisição de ativo, cujo bem não foi aplicado no objeto social dele, Recorrente, o valor da infração seria de R\$2.611,16.

O Recorrente prossegue expondo que na Decisão de primeiro grau foi utilizada “declaração” dele, Recorrente, para não acatar o crédito atinente à Nota Fiscal nº 273198, e que nos termos da Decisão recorrida ele, Recorrente, teria declarado que o bem descrito em tal nota fiscal teria sido adquirido no regime de comodato. Aduz que sua declaração de improcedência da imputação não foi aceita, mas esta declaração acerca da nota fiscal o foi, e que se uma declaração é aceita, todas o deveriam ser, e que na Decisão teriam sido usados dois pesos diferentes.

Copia o conceito de “ativo permanente”, do artigo 179, IV, da Lei nº 6.404/76. Cita doutrina contabilista e Norma nº 07 do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil – IBRACON.

Diz que há diversos bens que compõem o seu ativo e que foram destinados tanto à sua planta produtiva quanto ao seu setor comercial, e cujo crédito foi considerado como indevido. Cita como exemplo os programas de computador (ativo imaterial) e os materiais de escritório aplicados no setor comercial/produtivo. Diz que a desconsideração destes bens enquanto geradores de crédito não possuiria respaldo efetivo, e teria sido feita de forma genérica. Afirma que se deveria reconhecer a total improcedência do lançamento ou, quando muito, acatar o Parecer ASTEC nº 101/09, excluindo-se da base do lançamento o valor das operações relativas a aquisição de material de uso e consumo e o valor das operações de aquisição de bens de ativo aplicados não apenas na sua planta produtiva, mas também no seu setor comercial.

O Recorrente pede que o Recurso Voluntário seja conhecido e provido, sendo declarada a nulidade do lançamento em sua integralidade, determinando-se a extinção do Processo Administrativo Fiscal e, na eventual hipótese de serem superadas as nulidades suscitadas, podendo se decidir o mérito, requer a reforma da Decisão recorrida, para que se reconheça a total improcedência do lançamento, bem como o cancelamento da multa aplicada, nos termos expostos. Conclui requerendo que as intimações sejam feitas em nome dos seus patronos Octavio Bulcão Nascimento e Diego Marcel Costa Bomfim, inscritos na OAB/BA, respectivamente, sob os nºs. 12.009 e 30.081-A, e com endereço profissional na Rua Agnelo de Brito, nº 90, Edifício Garibaldi Memorial, 5º andar, Federação – CEP 40.210-245, Salvador/BA, “*sob pena de nulidade*”.

A PGE/Profis, por intermédio da preclara Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, emite Parecer às fls. 17705 a 17707 aduzindo que as alegações de nulidade devem ser afastadas e não provido o Recurso Voluntário.

Relata que o Recorrente alega, em síntese, que o Auto de Infração seria nulo porque as infrações não teriam sido devidamente especificadas, o que teria dificultado o exercício da defesa, assim como teria havido equívocos na demonstração das bases de cálculos do ICMS apurado em todas as infrações.

A douta Procuradora prossegue relatando que no mérito, em relação à infração 1, o Recorrente afirma que a JF teria alterado o fulcro da autuação, passando a exigir ICMS por omissão de entradas, porque as omissões de saídas foram elididas com a documentação apresentada. Que o Recorrente prossegue insistindo na alegação de que haveria erros no levantamento quantitativo, já que a base de dados utilizada pela Fiscalização não contemplaria os retornos simbólicos e os produtos em trânsito, razão pela qual haveria duplicidade das quantidades das mercadorias. Que, ao final, o contribuinte aduz que caso a imputação não seja considerada nula, deveria ser reaberto prazo para defesa da nova imputação.

A digna Representante da PGE/PROFIS prossegue relatando que o Recorrente, em relação à infração 2, reitera que o fato imputado é erro no ICMS recolhido na importação por falta de inclusão, na base de cálculo, de despesas aduaneiras, quando em verdade, a exigência diz respeito à inclusão do IPI. E, no tocante à infração 3, o Recorrente mantém a tese de que não se poderia exigir utilização indevida de crédito fiscal por utilização de material de uso e consumo, já que a acusação é por aquisição de bens do ativo fixo, reiterando que seria legítimo o crédito fiscal relativo à Nota Fiscal nº 273198.

A Procuradora afirma que, da análise dos autos, entende não assistir razão ao Recorrente. Que as alegações de nulidade não merecem prosperar, pois, como reconhecido pelo Recorrente, a autuação foi objeto de diligências que objetivavam apurar os fatos imputados e defendidos, o que culminou com redução expressiva dos valores devidos em todas as três infrações. Que tais diligências serviram para buscar a verdade material, depurando os equívocos da autuação, e devem, portanto, ser entendidas como fator recrudescente do acerto da exigência fiscal, e não como ensejadoras de nulidade. Que o procedimento administrativo fiscal, partindo da autuação, busca apurar o real montante devido pelo contribuinte, sob a luz dos princípios da verdade material, ampla defesa e contraditório. Que todos estes princípios foram respeitados, tendo a primeira instância tido o cuidado de promover diligências saneadoras e oportunizando ao contribuinte manifestar-se em todas as etapas.

A preclara Procuradora expõe que em relação ao levantamento quantitativo de estoque é cediço que, ao se verificar diferenças, será exigido o ICMS correspondente, e que o valor da base de cálculo é que será o total das saídas ou das entradas omitidas, utilizando-se o de maior expressão monetária. Que a instrução processual, diante de novos elementos e argumentos apresentados, conduziu à mudança do resultado da omissão e por essa razão é que se passou a exigir o imposto tomando-se o valor das omissões de entrada. Que não houve qualquer alteração na infração inicialmente imputada, já que esta se refere, e sempre se referiu, à diferença de estoques, tendo sido o levantamento quantitativo que conduziu à exigência fiscal, continuando a ser a base para a acusação.

A Procuradora afirma que, para a infração 2, o Recorrente alega que a acusação menciona o recolhimento a menos do ICMS na importação por não ter sido incluído, na base de cálculo, o valor das despesas aduaneiras, alegando que a exigência diria respeito à não inclusão do IPI na base de cálculo.

Que, contudo, a imputação trata da exigência de imposto pela elaboração errada da base de cálculo do ICMS-importação, e pela não inclusão de algumas despesas aduaneiras, a exemplo dos valores pagos à INFRAERO, por armazenagem, assim como de valores relativos ao IPI (imposto sobre produtos industrializados) e II (imposto de importação).

A digna Parecerista relata que as planilhas elaboradas pelo autuante e entregues, com a autuação, ao contribuinte, revelam de forma clara os valores que são exigidos na autuação e a sua motivação, sendo Adicional sobre o Frete para Renovação da Marinha Mercante - AFRMM, capatazia/armazenagem, arqueação, estiva, multa por infração e diferenças de IPI/II e INFRAERO. Que desde o início, portanto, a acusação esclarece que a infração 3 exige ICMS por equívocos na base de cálculo do ICMS-importação, diante da falta de inclusão de parcelas na sua composição, a exemplo das despesas aduaneiras.

Que, assim, não vê como se acatar a alegação de nulidade da infração já que, como dito, toda a instrução processual revelou, desde o início, os motivos da exigência da diferença do ICMS-importação, tendo o contribuinte compreendido perfeitamente os fatos que lhe eram imputados, e tendo tido a possibilidade de exercer o seu direito de defesa.

Em relação à infração 3, a digna Procuradora aduz que a acusação fiscal é de apropriação indevida de crédito fiscal relativamente a bens que não podem ser considerados como do ativo imobilizado e que o Recorrente alega que os bens objeto da autuação são materiais de uso e consumo e por isso em nada se relacionariam com a acusação.

Que, contudo, a autuação acusa o contribuinte de se creditar indevidamente nas aquisições de bens que não são enquadráveis como do ativo imobilizado, e que esse não enquadramento é justamente porque são bens de uso e consumo. Que, no mérito, vê que a questão já foi por demais debatida pelos setores técnicos, não tendo o contribuinte, oro recorrente, trazido qualquer novo argumento e, principalmente, qualquer nova prova, capazes de afastarem as infrações como remanescem.

Conclui opinando pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto.

#### **VOTO**

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às três infrações imputadas.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Quanto a arguição defensiva no sentido de que o enquadramento normativo constante no Auto de Infração não diria respeito às imputações, observo que os fatos expostos no Relatório que antecede este voto, bem como ao longo deste PAF, comprovam que as descrições das infrações permitem, ao sujeito passivo, o entendimento das acusações que lhe foram feitas e que foram contestadas no mérito. Assim, ainda que o enquadramento não estivesse de acordo com as imputações, não subsiste causa para nulidade, conforme termos do artigo 19 do RPAF/99, porque da descrição dos fatos restou evidente o devido enquadramento legal.

Ademais ficou evidenciado, tanto das diversas impugnações ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo e conseguido comprovar a improcedência de parte das imputações. Compartilho do entendimento da PGE/PROFIS no sentido de que as diligências realizadas propiciaram o completo saneamento do lançamento de ofício, em obediência às normas do RPAF/99.

Quanto ao uso da declaração do próprio contribuinte em relação à operação objeto da nota fiscal que trata de comodato, e da não consideração de sua declaração quando argui a improcedência da autuação, observo ser ilógica e desprovida de base jurídica tal alegação, posto que toda a



documentação acostada ao processo foi utilizada na busca da verdade material, inclusive para elidir parte das acusações. Apenas as alegações desprovidas de base em documentação não puderam ser consideradas como válidas quando da análise do processo em primeiro grau, situação que se repete neste segundo julgamento.

Arguições de nulidade rejeitadas.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida.

A Infração 1 trata de débito de ICMS apurado no roteiro de auditoria fiscal denominado de levantamento quantitativo de estoque. A documentação trazida ao processo pelo sujeito passivo foi detalhadamente analisada pelo Fisco e, em razão do devido zelo na busca da verdade material, todas as alegações documentalmente comprovadas pelo sujeito passivo foram consideradas na Decisão de primeiro grau.

Este roteiro de auditoria está disciplinado pela Portaria Estadual nº 445/98, e o teor desta norma foi devidamente observado. A modificação de quantidades de saídas omitidas e de entradas omitidas depende das quantidades de mercadorias constantes nos documentos fiscais e livros fiscais. Evidentemente, os controles internos do estabelecimento podem e devem ser considerados na averiguação dos quantitativos, objeto da apuração fiscal, mas os dados de tais controles internos terão que ser, necessariamente, apoiados em documentação fiscal, e não em relatos apresentados nas peças defensivas. Uma vez que o contribuinte não prova, embora alegue, a persistência de equívocos no levantamento de estoque efetuado, voto pelo não provimento dos Recursos de ofício e voluntário em relação à infração 1, para manter a Decisão de base, que declarou parcialmente procedente a imputação 1 no valor de R\$132.401,01.

Em relação à Infração 2, esta trata de recolhimento a menos do ICMS no valor originário de R\$612.560,34, 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 desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, no período de 12/2002 a 12/2004. Quando do julgamento de primeiro grau, o valor de ICMS a ser exigido foi reduzido para R\$128.072,12, conforme ponderações do digno Relator de primeiro grau acerca da correta exclusão das operações atinentes a *drawback*, e dados do demonstrativo elaborado pelos autuantes e em parte reproduzido no voto da Decisão objeto dos Recursos.

A exclusão das operações em regime de *drawback* deu-se, conforme explicado na Decisão de base, porque nos demonstrativos fiscais originais não havia evidência de qualquer apuração de imposto recolhido a menos relativas a operações amparadas por *drawback*. E, ainda que a posterior separação de dados realizada pelo Fisco em informação fiscal, em relação a esta infração, se tenha dado também em razão da falta de apresentação de documentos pelo contribuinte, de fato não se poderia incluir tal causa de lançamento após já definida a imputação objeto do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário o contribuinte afirma que remanesce a discussão acerca do cômputo das despesas aduaneiras, e que haveria incongruência do lançamento porque na definição da infração fora descrita uma conduta e o enquadramento legal referir-se-ia a outra. Que, tendo em vista o fato de a Fiscalização estar considerando que ele, Recorrente, teria recolhido ICMS a menos em razão da falta de inclusão de valores na base de cálculo, na capitulação legal deveria constar algum dispositivo que disciplinasse esse tema, mas isso não teria ocorrido. Que o RICMS/BA entende como despesas aduaneiras aquelas cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração, conforme prescreve o seu artigo 58, I, “e”, e que as despesas aduaneiras são compostas por diversos valores, cabendo à Fiscalização identificar quais desses

foram, ou não, incluídos na base de cálculo do ICMS. Para dirimir possíveis dúvidas, reproduzo a seguir esta norma. Assim, diz o artigo 58 do RICMS/BA:

*RICMS/BA:*

*Art. 58. Observado o disposto no art. 52, a base de cálculo do ICMS nas entradas ou aquisições de mercadorias ou bens procedentes do exterior é:*

*I - no desembaraço aduaneiro de mercadoria ou bem importados do exterior, a soma das seguintes parcelas:*

*a) o valor da mercadoria ou bem constante nos documentos de importação;*

*b) o Imposto sobre a Importação;*

*c) o Imposto sobre Produtos Industrializados;*

*d) o Imposto sobre Operações de Câmbio;*

*e) quaisquer outros impostos, taxas e contribuições, além de despesas aduaneiras cobradas ou debitadas ao adquirente, relativas ao adicional ao frete para renovação da marinha mercante, armazenagem, capatazia, estiva, arqueação e multas por infração;*

Por conseguinte, ao contrário do quanto alegado pelo contribuinte em sua peça recursal, cabe a cobrança e imposto face à não inclusão pelo contribuinte, na base de cálculo do imposto a pagar, de valor de IPI e Imposto de Importação. Por outro lado, a imputação foi descrita com clareza e os demonstrativos entregues ao sujeito passivo foram por estes devidamente analisadas, que tanto entendeu a imputação que da mesma se defendeu no mérito.

Concordo com as ponderações feitas pelo ilustre Julgador de primeiro grau quando explicou a forma de apuração, na planilha fiscal, dos montantes que deveriam integrar a base de cálculo do imposto, e que adoto como minhas ponderações para não ser repetitiva e diante do didatismo com que foram expostas pelo Relator de primeira instância não tendo o contribuinte, em grau de Recurso, comprovado erro na explicação exposta naquele voto, e nem na planilha fiscal considerada pela e. JJF como base da Decisão.

Também laborou corretamente a JJF ao entender prejudicada a defesa do sujeito passivo quanto à matéria em lide no âmbito judicial, em relação aos serviços prestados pela Tequimar e SGS, dando a solução processual adequada.

Voto pelo não provimento dos Recursos interpostos em relação à segunda imputação, mantendo a Decisão recorrida que julgou procedente em parte a imputação 2.

Quanto à Infração 3, esta trata de utilização indevida de crédito de ICMS no valor originalmente lançado de R\$188.752,97, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento constando, 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, dentre outros, adquiridos para o setor jurídico, diretoria, setor de Recursos Humanos - RH e setor de vendas, no período de 01/2003 a 11/2004.

Em razão de diligências efetuadas por Auditora Fiscal estranha ao feito, em especial nos termos do Parecer ASTEC/CONSEF nº 057/11 (fls. 17616/17619), na Decisão *a quo* foi reduzido o valor da infração 3 para R\$114.322,58.

As alegações recursais a respeito não encontram eco na legislação, e nem nos fatos imputados. Exatamente como dito no Parecer da PGE/PROFIS, exatamente por não se caracterizarem como bens do ativo, e estarem destinados a setores da empresa que não estavam diretamente ligados ao setor produtivo, o Fisco glosou o crédito fiscal utilizado.

Na Decisão *a quo*, entendendo-se que é assegurado o direito de utilização do crédito fiscal relativo às aquisições de máquinas e equipamentos utilizadas no processo de industrialização, e as aquisições de equipamentos, móveis e utensílios destinados à manutenção das atividades do estabelecimento (computadores, impressoras, armários, mesas, cadeiras, fax, gaveteiros e outros

similares), até porque este segundo grupo de bens possui mobilidade, podendo ser utilizados na produção, industrialização ou comercialização e realocados para atenderem à manutenção das atividades do estabelecimento, foi admitido o crédito fiscal relativo aos mesmos, considerando-os como também atinentes à atividade do estabelecimento. Não foi considerado o crédito fiscal relativo a “molde portinhola”, consignado na Nota Fiscal nº 273198, porque este estava sendo utilizado em regime de comodato no momento da autuação, fato informado pelo autuado, à fl. 3214.

Portanto, considero acertada a Decisão de primeiro grau também quanto à terceira infração e voto pelo não provimento dos Recursos de Ofício e Voluntário, para que seja mantida a Decisão que julgou parcialmente procedente a imputação 03 no valor de R\$114.322,58.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade das multas aplicadas, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00. Por oportuno saliento que, quanto à taxa SELIC, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei dispondo de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário interpostos, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração para exigir ICMS no valor histórico de R\$374.795,71.

Quanto ao pedido do sujeito passivo para que suas intimações sejam realizadas no endereço que indica em sua peça recursal, embora o seu não atendimento não implicasse nulidade, inexistindo óbice a seu acatamento pela repartição fazendária competente, desde que respeitado o previsto no artigo 108 do RPAF/99.

#### **VOTO EM SEPARADO (Infração 1)**

Embora concorde com a decisão prolatada pela n. Conselheira em relação à infração 1 (levantamento quantitativo dos estoques de produtos acabados), entendo necessário externar os motivos que me levam a assim proceder.

Inicialmente faço uma observação: embora com a revisão do levantamento quantitativo dos estoques a diferença que representou a maior expressão monetária se tornou a das entradas, no caso, não houve mudança do fulcro da autuação, conforme disposições do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, já que por este dispositivo legal fica caracterizada a existência de omissão de saída de mercadorias anteriores por presunção legal. A empresa teve conhecimento do fato e manifestou-se expressamente sobre a situação. Assim, alinhando-me, sob tal aspecto, com o voto da n. relatora.

Porém não podemos desconsiderar que o recorrente é empresa fabril. Nesta condição produz as mercadorias que comercializa. Em assim sendo, e a princípio, não poderia existir “omissão de entradas” de produtos acabados, como realizado, pois se os produtos são produzidos pela própria empresa, não se pode cogitar esta situação. Em qualquer momento ela poderia adquirir (com ônus ou sem ônus) produto acabado de si mesma sem documento fiscal.

No entanto o fato real, **e provado**, na presente autuação, é que a empresa além de produzir as mercadorias objeto do levantamento fiscal, também às recebe por transferências. O levantamento fiscal das entradas dos produtos resta totalmente calcado na produção da empresa e nos produtos que ela recebeu, por transferências, dos seus outros estabelecimentos fabris. Precisamente: o recorrente não somente produziu como adquiriu (mesmo sem ônus) os produtos cujas entradas no seu estabelecimento foi o fio condutor à presunção de omissões de saídas anteriores sem documentação fiscal.

Em assim sendo, e como anteriormente expresse, neste específico caso somente posso me alinhar à decisão prolatada pela n. Conselheira.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206940.0041/06-3** lavrado contra **POLITENO INDÚSTRIA E COMÉRCIO S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total 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, incisos 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).

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MÔNICA MARIA ROTERS – VOTO EM SEPARADO  
(Infração 1)

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS