

A. I. Nº - 276468.0031/04-0
AUTUADO - CITEC INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - HEITOR PERRELLA
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARÍ
INTERNET - 17. 06. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0198-04.05

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. TERMO FINAL. AQUISIÇÕES DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração acatada. 2. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Procedimento em desacordo com a legislação. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente subsistente. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. De acordo com as normas regulamentares, o contribuinte é obrigado a apresentar ao fisco os arquivos magnéticos com todos os registros fiscais dos documentos emitidos quanto às suas operações comerciais. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2004, exige ICMS no valor de R\$399.112,91, além de impor multa no valor de R\$211.444,58, em razão das seguintes irregularidades:

1. deixou de recolher o imposto diferido no valor de R\$3.426,52, referente às entradas de refeições destinadas à consumo dos funcionários da empresa;
2. recolheu a menos o imposto na importância de R\$5.582,93, pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorrida até o seu desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial;
3. utilizou crédito fiscal presumido no montante de R\$390.103,46, em valor superior ao permitido na legislação em vigor. Em complemento a acusação, o autuante consignou que o autuado utilizou de crédito presumido nas saídas de produtos que não foram fabricados no próprio estabelecimento, conforme disposto no art. 9º e seguintes do Decreto nº 7.439/98;
4. deixou de fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram a sua leitura, já que o contribuinte omitiu no Registro 54 informações que constava no Registro 50 do SINTEGRA, pelo que foi aplicada a multa de 5% sobre a diferença, porém, limitada a 1% do total das saídas, equivalente a R\$211.444,58.

O autuado em sua impugnação parcial ao lançamento fiscal, fls. 355/662, acatou as exigências 1 e 2 e se insurgiu contra as demais, apresentando os seguintes argumentos para refutá-las:

Infração 3 - Alega que se dedica à produção de equipamentos originários da transformação plástica, cuja matéria prima principal é o polietileno fabricado neste Estado. Diz que em razão da atividade

que desenvolve, é beneficiária dos incentivos fiscais previstos no BAHIAPLAST, aprovado pelo Decreto nº 7.439/98, os quais foram concedidos por meio da Resolução nº 08/2001, conforme cópia anexa (doc. 3), dentre os quais está incluído o benefício do crédito presumido.

Argumenta que tanto o art. 5º, III, bem como art. 9º, do Decreto nº 7.439/98, condicionam a fruição do benefício do crédito presumido à produção das mercadorias pelos respectivos beneficiários. Aduz que o autuante, com base no livro RAICMS identificou a apropriação do crédito presumido sobre “VENDAS DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS E/OU RECEBIDAS DE TERCEIROS”, em operações internas e interestaduais e exigiu o imposto da empresa. Diz, no entanto, que somente depois da ação fiscal, é que a empresa detectou a falha incorrida, qual seja, a inadequada indicação do Código Fiscal de Operação ou Prestação (CFOP) em diversas operações de saídas, quando na realidade trata-se de “VENDAS DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO”.

Para comprovar a alegação acima, o autuado fez a juntada de dezenove cópias de notas fiscais de saídas, a título de amostragem para todo o período fiscalizado, com base nas quais pode ser constatado o seguinte: “em primeiro lugar, que as operações estão escrituradas com a codificação de “VENDAS DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS E/OU RECEBIDAS DE TERCEIROS”, de forma equivocada, é verdade, mas, estão; em segundo lugar, que as operações com aquela codificação estão invariavelmente relacionadas com operações de comércio.”

Salienta que nas dezenove operações realizadas, nelas estão destacados o IPI calculado na alíquota de 10%, o que joga por terra a exigência fiscal, por se tratar de vendas de produtos de industrialização própria, cujo procedimento se repetiu em relação às demais operações de saídas.

Prosseguindo em seu arrazoado, o autuado disse que em determinados momentos a empresa utiliza-se da prestação de serviços de terceiros para realização de pequenas etapas do processo de produção de alguns itens da sua linha, quando seus equipamentos estão atuando à plena capacidade. Para tanto, remete para seus prestadores de serviços a matéria prima necessária (polietileno ou nylon em operações codificadas como “REMESSA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA”, as quais estão amparadas com a suspensão do imposto, nos termos do art. 615, do RICMS/97, conforme comprovam as notas fiscais em anexo (doc. 5), tendo como destinatárias as empresas Sol Dasla e Ind.e Com. de Plásticos Ltda. e Sofima S/A. Alega que, em alguns casos, quando do retorno do material beneficiado, o prestador do serviço devolve a mercadoria como venda ordinária, sem usufruir, equivocadamente, do mesmo direito ao benefício da suspensão do imposto, cujo procedimento, embora não traga prejuízos ao estado (ao contrário, gera apropriação de receita sem causa), provoca registros imprecisos.

Quanto às exigências relativas às datas de ocorrências de 30/04/02 e 30/06/02, nos valores de R\$150,72 e R\$2.205,24, respectivamente, relativas a ICMS/Diferencial de Alíquota, esclarece que as mesmas foram pagas em 29/07/03, conforme cópias dos DAE's em anexo.

Com relação ao enquadramento da infração, onde foram indicados os arts. 342, 343, 348 e 349, do RICMS/97, diz que os mesmos não se aplicam à matéria objeto da autuação, já que dizem respeito ao mecanismo da substituição tributária por diferimento.

Infração 4 - Após transcrever os termos da acusação fiscal, o autuado disse que a exigência não tem suporte legal, haja vista inexistir na legislação tributária do Estado da Bahia nenhum dispositivo que dê sustentação à cobrança de 1% sobre o total das saídas, pelo fato da empresa ter omitido no Registro 54 informações que constava no Registro 50 do SINTEGRA.

De acordo com o autuado, os artigos indicados pelo autuante como suporte para a exigência da multa (arts. 686, 708-A e 708-B), não estabelecem a aplicação de multa de 1% sobre as saídas. Diz que o art. 686 trata essencialmente da obrigação de manter o arquivo magnético pelo prazo decadencial, enquanto o art. 708-A diz respeito aos prazos para a sua entrega via Internet, por meio do Programa Validador/SINTEGRA e quanto ao art. 708-B, o mesmo fixa prazo para entrega no caso de intimação, com validação eletrônica por parte da Secretaria da Fazenda.

À fl. 361, o autuado transcreveu o teor do art. 42, seu inciso XIII-A e sua alínea “g” e diz que o mesmo não se aplica à empresa, pelos seguintes motivos:

- a) porque a empresa entregou seus arquivos magnéticos;
- b) porque os arquivos não foram entregues em padrão diferente do previsto na legislação;
- c) porque as condições dos arquivos magnéticos entregues eram regulares, tanto que possibilitou a leitura feita pelo autuante.

Solicita que o autuante acate as suas razões, pelo fato de seu elevado senso de justiça e igual comprometimento com a verdade.

Ao finalizar, pede o julgamento improcedente das infrações 3 e 4.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 413/416 dos autos, disse, inicialmente, que a defesa do autuado foi assinada por procurador, o qual fez a juntada de reprodução fotostática de aparente cópia autenticada do instrumento de mandado, o que ensejou a expedição de uma intimação para que fosse apresentada a cópia autenticada.

Diz que pelo fato de constar nos autos apenas cópia não autenticada, a petição deverá ser indeferida, conforme dispõe o art. 10, II, cujo teor transcreveu, no entanto, deixou de citar o Decreto, como suporte ao seu argumento.

Em seguida, fez um breve resumo das alegações defensivas no tocante às infrações 3 e 4.

Quanto ao mérito da autuação, apresentou os seguintes argumentos para contraditar a defesa formulada pelo sujeito passivo:

Infração 3 - Após transcrever o teor do art. 9º, do Decreto nº 7.439/98, disse que o crédito presumido é restrito às saídas de produtos fabricados pelos estabelecimentos que foram objeto de concessão de benefícios fiscais.

Segundo o autuante, não poderia ser diferente, porquanto a concessão de tais benefícios é marcada pela cumutatividade, já que o Estado da Bahia espera obter vantagem, ou seja, a efetiva implementação do parque industrial plástico.

Sobre a alegação defensiva de ter havido mero equívoco na indicação do CFOP, diz não ser verdade, já que quantidade de saídas de mercadorias classificadas como adquiridas de terceiros é condizente com a aquisição dos mesmos, tanto daquelas relativas a importações como as provenientes do mercado interno.

Argumenta que a saída de produtos classificados como de industrialização própria do estabelecimento também foi compatível com planilhas e livros de controle da produção apresentados pela empresa.

Acerca do destaque do IPI na nota fiscal, aduz que não prova o erro na indicação do CFOP, tampouco impede a empresa de pleitear a restituição do tributo caso tenha sido pago.

Diz, caso fosse admissível à hipótese de erro, deveria ter sido apresentada prova técnica robusta.

Salienta que o autuado em sua defesa não se limitou a alegar o seu próprio erro, acusou ainda as empresas que prestam industrialização de haverem-se “equivocado”, ao devolver o material enviado como venda ordinária.

Sobre alegação defensiva de que pagou a diferença de alíquota relativa às datas de ocorrências de 30/04 e 30/06/02, aduz não haver entendido tal alegação, já que não foi cobrado na autuação.

Infração 4 - Aduz que os artigos do regulamento consignados no Auto de Infração e na defesa do contribuinte, dizem respeito à obrigação tributária de fazer, enquanto a multa de 1% está claramente delimitada em lei.

Sustenta que as informações do SINTEGRA são essenciais à fiscalização e que a multa a ser aplicada é proporcional à informação sonegada, já que se fosse multa fixa, somente atingiria os pequenos contribuintes e perderia o impacto cogente em relação aos contribuintes de maior porte.

Diz que autuou a empresa pela entrega fora dos padrões exigidos, já que o Registro 54 não continha todas as notas fiscais constantes no Registro 50 e em alguns meses inexistia qualquer informação.

Frisa que para desonerar o contribuinte, aplicou em seu favor o limite previsto no inciso “f”, ou seja, o percentual de 5% sobre a diferença. Diz que, apesar de ter aplicado a multa de 1% prevista na alínea “g”, fez incidir o limite de 5% da diferença e que tal fato não foi nenhum favor e sim uma forma de harmonizar o disposto nos referidos incisos, sem agredir o princípio da razoabilidade.

Ressalta, por último, que a falta de entrega nos padrões corretos ocasionou enorme e talvez irreversível prejuízo aos trabalhos de fiscalização.

Ao final, pede a manutenção integral do Auto de Infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo esta 4ª JF decidido pela sua conversão em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 421.

Em cumprimento a diligência solicitada, a auditora fiscal incumbida de sua realização, mediante o PARECER/ASTEC nº 0025/2005, transcreveu, inicialmente, o que foi pedido pelo relator, bem como descreveu como foi realizado o trabalho diligencial.

Em seguida, disse que após analisar os documentos apresentados pela empresa, verificou que os produtos comercializados foram os dos tipos MSD 240, PAP DINA e MGP, tributados pelo IPI, conforme fotocópias por amostragem às fls. 381/396.

À fl. 425, a diligente descreveu individualmente cada produto e de como o mesmo é processado.

Sobre o pedido do relator, para que fossem examinados os documentos fiscais e informar se os produtos neles consignados foram fabricados no estabelecimento autuado, assim respondeu:

“Da descrição do processo anteriormente comentado, os produtos em questão foram montados no estabelecimento da empresa, a partir do recipiente plástico, com agregação de tampas, eixos e rodas. Também ficou demonstrado ter havido tributação do IPI nas operações de saídas, conforme fotocópias de documentos fiscais às fls. 381/399”.

Quanto ao pedido relacionado ao imposto cobrado nos valores de R\$150,72 e R\$2.205,24, tendo como datas de ocorrências os dias 30/04 e 30/06/02, no sentido de verificar se é realmente devido, assim respondeu:

“De acordo com o demonstrativo elaborado pelo fiscal autuante à fl. 20, os valores apurados foram decorrentes de refazimento do conta corrente fiscal da autuada. Os valores lançados a débito foram extraídos do livro RAICMS, onde estão incluídos os débitos provenientes das diferenças de alíquotas, vide fl. 133 e 139. Conseqüentemente na apuração do imposto devido estão incluídos tais débitos;

Dessa forma, entendo que os DAEs apresentados pela autuada à fl. 407 (ICMS complem. Alíq.uso/consumo), comprovam o recolhimento do imposto exigido nos meses de abril e junho/2002 nos valores de R\$150,72 e R\$2.205,24”.

Ao concluir, a auditora assim se pronunciou:

“Após análise dos documentos fiscais constatamos que os produtos inseridos nas notas fiscais em questão são contentores completos e papéis, que são adquiridos em peças separadas e montados no estabelecimento da autuada com agregação de outras peças adquiridas de terceiros (eixos e rodas)

Entendendo o Sr Julgador que o processo de montagem comentado está enquadrado como industrialização, não existe débito a ser imputado ao contribuinte.

Em relação ao imposto exigido nos meses de abril e junho de 2002, nos valores de R\$150,72 e R\$2.205,24, ficou comprovado o seu recolhimento conforme DAE às fls. 407;”

O CONSEF, conforme termo à fl. 483, encaminhou o PAF a INFAZ-Camaçari, para dar ciência ao autuante e ao autuado, o que foi cumprido, conforme documentos às fls. 484/85, no entanto, apenas o preposto fiscal se pronunciou.

Sobre a diligência da ASTEC, o autuante assim se manifestou:

“A diligência da ASTEC apontou as seguintes mercadorias objeto de vendas pela autuada:

- MSD 240;
- PAP DINA (FOLDEN 372) e
- MGB (foldem 371).

Concluiu ainda que os produtos foram montados na empresa autuada.

A dúvida reside, então, em responder se houve processo de fabricação. Em especial, o processo de fabricação previsto no artigo 9º do Decreto nº 7.439/98 que regulamenta a Lei nº 7.351/98.

“Art. 9º Fica concedido crédito presumido nas operações de saídas de produtos transformados derivados de produtos químicos, petroquímicos básicos e petroquímicos intermediários, de estabelecimentos onde sejam exercidas atividades industriais indicadas no art. 10, desde que fabricados nesses estabelecimentos, observadas as condições estabelecidas nesta subseção”

Deve-se ler o art. 9º, acima, em consonância com o art. 1º, da Lei nº 7.351/98, que assim estabelece;

“Art. 1º Fica instituído o Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica BAHIAPLAST com os seguintes objetivos:

- fomentar a instalação de novos empreendimentos industriais no segmento de transformação petroquímica plástica”;

Havemos de manter o foco também no art. 111 do CTN:

“Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I – suspensão ou exclusão do crédito tributário;

II – outorga de isenção;

III – dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias;

Somente mediante interpretação ampliativa será possível admitir a montagem, implementada pelo contribuinte, no conceito de fabricação contido no artigo 9º do Decreto. Isso é terminantemente proibido pelo 111 do CTN.

A uma, a Lei fala em “transformação petroquímica plástica”

A duas, o art. 9º do decreto concede “crédito presumido nas operações de saídas de produtos transformados..., “... desde que fabricados...”.

A três. Se, “ad argumentandum tantum”, se fosse conceder o crédito em razão de mera montagem de peças transformadas em outros estados-membros, ou mesmo no exterior, o incentivo dado pelo Estado da Bahia estaria servindo para financiar a indústria de transformação alienígena, o que é absurdo.

O sentido do termo “fabricados” (art. 9º Dec. Nº 7.439/98) não pode ser ampliado, amplificado, aumentado, majorado a ponto de esvaziar o conteúdo da norma, qual seja o de obter dentro do Estado da Bahia efetiva transformação petroquímica plástica, em troca de benefícios

fiscais. Interpretação sistemática, feita sobre o Decreto 7.439/98, somente admite concluir que, a expressão “fabricados”, está diretamente ligado à idéia de transformação. O referido Decreto deve, outrossim, ser lido ao lume de sua norma fundamentadora, o art. 1º da Lei n. 7.351/98. Deve ainda, ao que dispõe o 111 do CTN sofrer interpretação restritiva.

Em vista do resultado da diligência e dos argumentos jurídicos acima mantenho pugnamos pela manutenção da glosa fiscal”(SIC).

VOTO

Após analisar as peças que instruem o presente PAF, constatei que o autuado em sua defesa acatou as infrações 1 e 2, fato que comprova o acerto da ação fiscal, pelo que mantenho as exigências.

Com relação às infrações 3 e 4 que foram objeto de impugnação pelo sujeito passivo, o meu posicionamento a respeito é o seguinte:

Infração 3 - Reporta-se a utilização de crédito fiscal presumido em valor superior ao permitido na legislação em vigor, nas saídas de produtos que não foram fabricados no próprio estabelecimento, conforme disposto no art. 9º e seguintes do Decreto nº 7.439/98.

Com referência a defesa formulada pelo sujeito passivo, esclareço que a mesma não merece a minha acolhida, pelos seguintes motivos:

I – o art. 9º, do Decreto nº 7.439/98, que regulamentou a Lei nº 7.351/98, assim preconiza:

“Art. 9º Fica concedido crédito presumido nas operações de saídas de produtos transformados derivados de produtos químicos, petroquímicos básicos e petroquímicos intermediários, de estabelecimentos onde sejam exercidas atividades industriais indicadas no art. 10, desde que fabricados nesses estabelecimentos, observadas as condições estabelecidas nesta subseção”.

II - da interpretação do dispositivo supra, verifico que somente faz jus ao benefício fiscal sob o título de crédito presumido, quando os produtos comercializados pela empresa forem transformados em seu estabelecimento;

III – de acordo com o Parecer ASTEC nº 0025/2005(fl.s. 425/426 dos autos), os produtos MSD 240, PAP DINA e MGB comercializados pelo autuado foram montados a partir do recipiente plástico e de tampas adquiridas de terceiros, com agregação de eixos e rodas, ao invés de terem sido fabricados, conforme previsto no artigo acima citado;

Ademais, como salientou o autuante em sua informação fiscal, o art. 111, do CTN, estabelece que a legislação tributária deve ser interpretada literalmente, quando se reportar, dentre outras situações, a suspensão ou exclusão do crédito tributário.

Pelo exposto, entendo que foi correto o procedimento do autuante ao glosar os créditos fiscais apropriados indevidamente pelo autuado.

Ressalto, no entanto, que deve ser excluído da autuação o valor do imposto exigido nas importâncias de R\$150,72 e R\$2.205,24, referentes aos meses de abril e junho/2002, respectivamente, haja vista que a diligência da ASTEC, com a qual concordo, confirmou não ser o mesmo devido pelo fato do autuado haver comprovado o seu recolhimento mediante DAE.

Com base na explanação acima, considero parcialmente caracterizada a infração no importe de R\$387.747,50.

Infração 4 - Foi aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória, em razão do autuado não fornecer arquivos magnéticos com informações das operações ou prestações realizadas, ou entregou os referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitaram a sua leitura, já que o contribuinte omitiu no Registro 54 informações que constava no Registro 50 do SINTEGRA.

Para apuração da multa, o autuante elaborou a Planilha de fl. 196 dos autos, onde consignou, além de outras informações, as divergências encontradas e os valores devidos mensalmente.

Sobre a autuação e de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou o disposto no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (“*layout*”) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas (art. 685, combinado com os arts. 708-A e 708-B, do RICMS/97).

Ao compulsar os autos, constatei que o contribuinte foi intimado no dia 09/09/2004 (ver fl. 13) para apresentar os arquivos em meio magnético, cuja intimação foi reiterada em 20/09/2004 (ver fl. 11), no entanto, não atendeu a intimação, concernente ao período de janeiro/00 a dezembro/03.

Como o contribuinte não cumpriu as determinações legais acima descritas, especialmente o previsto no § 2º, do art. 708-A, do RICMS/97, entendo que foi correta a aplicação da penalidade indicada no presente Auto de Infração, ou seja, a prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, que tem a seguinte redação:

“Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

g) 1% (um por cento) do valor das saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;”

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração para exigir ICMS no valor de R\$396.756,95, além do pagamento da multa na importância de R\$211.444,58.

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 **276468.0031/04-0** lavrado contra **CITEC INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$396.756,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42. II, “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além do pagamento da multa no valor de **R\$211.444,58**, prevista no inciso XIII-A, “g”, do mesmo artigo e lei antes citado.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA