

A. I. Nº - 206948.0010/05-4
AUTUADO - CITEC INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 21.12.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0474-01/05

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo, uma vez que o autuado é acusado de recolhimento a menos do imposto por inobservância aos procedimentos estabelecidos nos arts. 9º e 10 do Decreto nº 7.439/88 (BAHIAPLAST), fato não demonstrado nos autos. **Infração nula. 2. ZONA FRANCA. a) PRODUTO DESTINADO A CONSUMO E ATIVO FIXO. b) PRODUTOS DESTINADOS A EMPRESA LOCALIZADA EM MUNICÍPIO NÃO BENEFICIADO PELA LEGISLAÇÃO. c) FALTA DE COMPROVAÇÃO DE INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SUFRAMA. Infrações reconhecidas. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE SEPD PARA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A apresentação dos arquivos magnéticos sem conter todos os registros caracteriza a falta de sua apresentação, tendo em vista a natureza condicional do seu recebimento. Infração caracterizada. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/08/2005, exige ICMS, no valor de R\$199.323,24, além da multa no valor de R\$ 134.648,29, pelas seguintes irregularidades:

- 1) recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. O contribuinte cadastrado no CNAE-2522-4/00 – fabricação de embalagem de plástico, e beneficiário do Programa BAHIAPLAST, período de 06/06/01 a 30/05/2005, nos termos das Resoluções 8/2001 e 04/2005, deixou de observar os procedimentos estabelecidos nos art.s 9 e 10 do Dec. 7439/98, que regulamentou a Lei nº 7351/98 que instituiu o Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica – BAHIAPLAST. A inobservância aos procedimentos revistos nos referidos dispositivos regulamentares ocasionou diferenças de imposto a recolher, nos meses de janeiro, maio a julho de 2004, no valor de R\$ 198.666,40;
- 2) deixou de recolher o ICMS devido pela saída para a Zona Franca de Manaus de produtos destinados a consumo ou ativo fixo com benefício fiscal não previsto na legislação, no mês de outubro de 2003, no valor de R\$ 333,20;
- 3) deixou de recolher o ICMS devido em virtude de ter sido utilizado isenção nas saídas de produtos industrializados para a Zona Franca de Manaus, destinadas a empresas localizadas em Município não beneficiados pela legislação, no mês de agosto de 2004, no valor de R\$ 19,38;

4) deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, nos meses de agosto de 2004, janeiro, março e abril de 2005, no valor de R\$ 304,26;

5) deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Além dos Roteiros de Auditoria Fiscal previstos na Ordem de Serviço nº 518448/05, foi efetuado também o Roteiro SUBST 706 - Auditoria das Informações em Meio Magnético - Convênio 57/95, considerando o período fiscal de 01/01/04 a 31/03/05. Verificado que os arquivos magnéticos apresentavam diversas inconsistências, tendo sido apresentado ao autuado intimação específica acompanhada de listagem diagnósticos, comunicando-lhe do prazo de 30 dias úteis para que fossem providenciadas as devidas correções. Os arquivos magnéticos retificados foram arrecadados em 25/08/2005 constando a presença de inconsistências, no período de janeiro de 2004 a março de 2005, o que configura não fornecimento, sujeitando-se o contribuinte à multa prevista na alínea “g” do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7014/96, no valor de R\$ 134.648,29.

O autuado, às fls. 389 a 405, através de seu representante legalmente constituído, apresentou defesa acatando, inicialmente, as exigências lançadas através das infrações 02, 03 e 04, ressaltando que sua concordância é em razão da pouca representatividade econômica e com o objetivo de possibilitar celeridade ao processo de julgamento.

Em relação a infração 01, alegou se dedicar à produção de equipamentos originados da transformação plástica, tendo como principal matéria prima o polietileno adquirido neste Estado. Sua linha de produção está voltada, basicamente, para a fabricação de papelerias, contêineres, depósitos para armazenagem de líquidos (ecotanque) e depósito para coleta de resíduos (contentores, papa seleta, papa tudo e eyclea). Nessa condição, é beneficiária dos incentivos fiscais previstos no BAHIAPLAST, aprovado pelo Dec. 7.439/98.

O autuante pretendeu restringir o benefício de crédito presumido às saídas com os Códigos Fiscal de Operações e Prestações – CFOP 5.101 (venda de produção do estabelecimento (interna) e CFOP 6.101 (venda de produção do estabelecimento (interestaduais).

Transcreveu os arts. 9º e 10º, VIII, do Dec. 7.439/98, argumentando que atende as três condições previstas nas disposições regulamentares citadas, uma vez que realiza saídas de artefatos de material plástico, derivados de petroquímicos intermediários, o polietileno; exerce atividades econômicas previstas no art. 10 do citado decreto – Fabricação de embalagem de plástico – codificação 2522-4/00 e; todos os produtos são fabricados (ou industrializados) no estabelecimento do autuado, mesmo que a fabricação diga respeito à montagem das partes.

Asseverou que montagem é uma das formas de fabricação, como previsto no inciso III do parágrafo 5º do art. 2º do RICMS/97. Em determinados momentos utiliza-se da prestação de serviços de terceiros para realização de pequenas etapas (a moldagem de peças isoladas) do processo de produção de alguns itens de sua linha, quando seus equipamentos estão atuando à plena capacidade. Assim, remete para os prestadores de serviços a matéria prima necessária (polietileno ou nylon) em operações codificadas como “Remessa para Industrialização por encomenda”. No retorno, as peças se juntam às outras processadas pelo autuado e, montadas, passam a integrar o produto acabado (doc. fls. 408 a 416)

Protestou dizendo que embora conteste a restrição feita pelo autuante no tocante ao aproveitamento do crédito presumido às saídas com CFOP 5.101 e 6.101, reconhece que em diversos casos classificou suas vendas com codificação inadequada, dando origem a maior parte

da infração. Tal falha foi cometida no momento do faturamento, perfeitamente sanável e justificável, por dizer respeito a questão de natureza procedimental.

Em janeiro de 2004 o autuante considerou os valores para imposto debitado de R\$ 33.568,49, nas operações interestaduais e de R\$ 25.005,69, nas operações internas, sendo que para as últimas consta no livro de Apuração o valor de R\$ 24.645,31. Também o autuante não acatou os créditos gerados sobre os valores do imposto em operações interestaduais, cujos CFOP foram indicados incorretamente.

A diferença a recolher lançada pelo autuante é de R\$ 4.812,01, no entanto, se aplicado o percentual de 70% sobre o valor total do débito de R\$7.202,68, resultante dos equívocos que o autuado alegou ter ocorrido como abaixo relacionados, resulta, ao seu ver, num crédito em favor do autuado de R\$ 5.041,87, eliminando a exigência do imposto.

- a) lançado como sendo CFOP 6108 – “venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinada a não contribuinte”, (doc. fls. 419 a 424), quando o correto seria o código 6.107 “venda de produção do estabelecimento destinada a não contribuinte”, no valor de R\$4.961,36;
- b) operações com CFOP 6.119 – a única operação da espécie, realizada pela emissão da nota fiscal nº 4013 (fl. 425), tem código correto CFOP 6.118 “venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário em venda à ordem, no valor de R\$264,00, no entanto foi registrado erroneamente no livro de Apuração como 6.119 (doc. fl. 417);
- c) Operações com CFOP 6.910 que se referem a saídas de pouca expressão econômica e relativas a bonificações, doação ou brindes (fls. 426/427). São produtos fabricados no estabelecimento do autuado (papa seleta e papeleira) e o aproveitamento do crédito presumido não fere o disposto no art. 9º do Dec. 7.439/98, no valor de R\$35,09;
- d) Operações com CFOP 6.912 – se refere a “remessa de mercadorias ou bem para demonstração” de produtos fabricados no seu estabelecimento. No documento consta destaque do imposto e a sua possibilidade de retorno das mercadorias, que nunca se concretiza, e o acerto para faturamento após o prazo de 60 dias da remessa, a soma das nove vendas documentos às fls. 428 a 436, totaliza R\$1.251,63;
- e) Operações CFOP 6.949 – se refere a vendas de produtos fabricados pelo autuado que foram classificadas erroneamente como sendo “outras saídas de mercadorias ou prestação de serviços não especificados”, no valor de R\$690,00 (fls. 437/438).

Em maio de 2004 o autuante considerou os valores para imposto debitado de R\$ 15.548,28, nas operações interestaduais e de R\$ 4.475,99, nas operações internas, conforme confere com os dados do livro de Apuração (fl. 439), desprezando os valores do imposto debitado em operações interestaduais, também registradas no mesmo livro, no referido mês, apontando uma diferença de R\$ 78.564,90, no entanto, se aplicado o percentual de 70% sobre o valor total do imposto debitado de R\$ 101.154,33, resulta num crédito em favor do autuado de R\$ 70.808,03. Além de ter o autuante processado o seu demonstrativo considerando a glosa aqui contestada, resultando na anulação dos saldos credores nos períodos anteriores. O autuante considerou como crédito “Transferência mês anterior” de R\$ 5.256,22, seria de R\$ 29.030,59 (doc. fl. 439), extinguindo a exigência total apontada no mês

- a) Operações com CFOP 6108 – “venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinada a não contribuinte”, (doc. fls. 441 a 462), quando o correto seria o código 6.107 “venda de produção do estabelecimento destinada a não contribuinte”, no valor de R\$85.437,53;

- b) operações com CFOP 6.119 – se refere a seis operações classificadas erradamente nas notas fiscais, mas corretamente no livro Registro de Apuração como 6.118 “venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário em venda à ordem”, no valor de R\$9.143,59 (doc. fl. 463 a 468);
- c) Operações com CFOP 6.910 que se referem a duas saídas de bonificações, doação ou brindes (fls. 469/470). São produtos fabricados no estabelecimento do autuado (papa seleta e papeleira) e o aproveitamento do crédito presumido não fere o disposto no art. 9º do Dec. 7.439/98, no valor de R\$133,15;
- d) Operações com CFOP 6.912 – são operações que o autuado classificou como sendo “remessa de mercadorias ou bem para demonstração” em sete vendas de produtos fabricados no seu estabelecimento (fls. 471 a 477). No documento consta destaque do imposto e a sua possibilidade de retorno das mercadorias, que nunca se concretiza, e o acerto para faturamento após o prazo de 60 dias da remessa, a soma das nove vendas documentos às fls. 428 a 436, totaliza R\$6.440,06;

Em junho de 2004 o autuante considerou os valores para imposto debitado de R\$ 43.696,93, nas operações interestaduais e de R\$ 6.201,29, nas operações internas, sendo que para as últimas consta no livro de Apuração o valor de R\$ 6.306,36. Também o autuante não acatou os créditos gerados sobre os valores do imposto em operações interestaduais, cujos CFOP foram indicados incorretamente.

A diferença a recolher lançada pelo autuante é de R\$ 76.906,56, no entanto, se aplicado o percentual de 70% sobre o valor total do débito de R\$105.101,72, decorrente dos equívocos que o autuado alegou ter ocorrido como abaixo relacionados, resulta, ao seu ver, num crédito em favor do autuado de R\$ 73.571,20, eliminando a exigência do imposto. Além de ter o autuante processado o seu demonstrativo considerando a glosa aqui contestada, resultando na anulação dos saldos credores nos períodos anteriores. O autuante considerou como crédito “Transferência mês anterior” de R\$ 0,00, que seria de R\$ 16.071,49 (doc. fl. 478), extinguindo a exigência total apontada no mês

- a) lançado como sendo CFOP 6108 – “venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinada a não contribuinte”, (doc. fls. 480 a 489), quando o correto seria o código 6.107 “venda de produção do estabelecimento destinada a não contribuinte”, no valor de R\$93.651,74;
- b) operações com CFOP 6.119 – são quatro operações realizadas pela emissão de notas fiscais classificadas erroneamente com o CFOP 6.119 quando o correto é CFOP 6.118 “venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário em venda à ordem, no valor de R\$621,49, no entanto foi registrado erroneamente no livro de Apuração como 6.119 (doc. fl. 490/493 e 478);
- c) Operações com CFOP 6.910 que se referem a quatro saídas de bonificações (fls. 494/497). São produtos fabricados no estabelecimento do autuado e o aproveitamento do crédito presumido não fere o disposto no art. 9º do Dec. 7.439/98, no valor de R\$8.270,83;
- d) Operações com CFOP 6.912 – se refere oito vendas que o autuado classificou como “remessa de mercadorias ou bem para demonstração” de produtos fabricados no seu estabelecimento. No documento consta destaque do imposto e uma das notas fiscais, a de nº 4858 diz respeito a complementação do imposto. Nas operações da espécie está posta nas notas fiscais a possibilidade de retorno das mercadorias, que nunca se concretiza, e o acerto para faturamento após o prazo de 60 dias da remessa, a soma das nove vendas documentos às fls. 498/506, totaliza R\$2.557,66.

Em julho de 2004 o autuante considerou os valores para imposto debitado de R\$ 74.547,66, nas operações interestaduais e de R\$ 23.249,09, nas operações internas, sendo ambos os valores registrados no livro de Apuração (fl. 506).

A diferença a recolher lançada pelo autuante é de R\$ 38.382,94, no entanto, se aplicado o percentual de 70% sobre o valor total do débito de R\$31.164,26, decorrente dos equívocos que o autuado alegou ter ocorrido como abaixo relacionados, resulta, ao seu ver, num crédito em favor do autuado de R\$ 21.814,98. Além de ter o autuante processado o seu demonstrativo considerando a glosa aqui contestada, resultando na anulação dos saldos credores nos períodos anteriores. O autuante considerou como crédito “Transferência mês anterior” de R\$ 0,00, que seria de R\$ 13.358,16 de saldo credor do período anterior. O autuante não considerou o ICMS devido de R\$ 3.209,80. A soma das três parcelas : R\$21.814,98 + R\$13.358,16 + R\$ 3.209,80, resulta exatamente no valor considerado no Auto de Infração como diferença a recolher de R\$ 38.382,94, o que extingue integralmente a exigência do tributo.

- a) lançado como sendo CFOP 6108 – “venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinada a não contribuinte”, (doc. fls. 508 a 524), quando o correto seria o código 6.107 “venda de produção do estabelecimento destinada a não contribuinte”, no valor de R\$27.610,75;
- b) operações com CFOP 6.118 – uma operação classificada corretamente com o CFOP 6.118 “venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário em venda à ordem”, no valor de R\$432,00, no entanto no exame da nota fiscal (fl. 525) pode ser constatada anotação no final da nota da conta dessa circunstância, ou seja, “mercadoria entregue por conta e ordem de terceiros”. Trata de produto fabricado no estabelecimento do autuado (ecotanque), também registrado no livro de Apuração (fl. 506);
- c) Operações com CFOP 6.910 que se referem a cinco operações de saídas de bonificações (fls. 526/530). São produtos fabricados no estabelecimento do autuado e o aproveitamento do crédito presumido não fere o disposto no art. 9º do Dec. 7.439/98, no valor de R\$513,11;
- d) Operações com CFOP 6.912 – se refere cinco operações de vendas que o autuado classificou como “remessa de mercadorias ou bem para demonstração” de produtos fabricados no seu estabelecimento. Nas operações da espécie está posta nas notas fiscais a possibilidade de retorno das mercadorias, que nunca se concretiza, e o acerto para faturamento após o prazo de 60 dias da remessa, a soma das nove vendas documentos às fls. 498/506, totaliza R\$2.106,64;
- e) Operações CFOP 6.949 – se refere a vendas de produtos fabricados pelo autuado que foram classificadas erroneamente como sendo “outras saídas de mercadorias ou prestação de serviços não especificados”, no valor de R\$499,76 (fls. 536/538 - 506).

Concluiu dizendo parecer necessário provar que os produtos faturados com outros CFOP com saídas cujas cópias das notas fiscais estão anexadas, às fls. 408/538, são também faturadas como CFOP 5.101 ou CFOP 6.101, o que prova que a condição essencial para fruição do benefício é a produção da mercadoria no estabelecimento do autuado. Anexos às fls. 539/546.

No tocante a infração 05 – alegou que o autuante dá suporte à infração 05 seccionado em dados do ano de 2004 e 2005, mesmo dispondo dos dados relativos aos fatos geradores em datas e valores, mês a mês, definindo uma única data e valor. Chamou a atenção para o que dispõe o art. 42, XIII-A, “g”, do RICMS/97, alegando que o mesmo somente entrou em vigor em 11/07/2004. Desse modo, as exigências anteriores àquela data são improcedentes por força do art. 150, III, a”, do CTN.

Requeru a improcedência da infração 01 e a improcedência parcial da infração 05, relativo aos fatos geradores anteriores a 11/07/2004.

O autuante, às fls. 552/555, informou que analisando as notas fiscais anexadas pelo autuado observou que os produtos inseridos nas mesmas são do tipo MSD 240, PAP DINA e MGB (contentores completos e papeleiras), montados no estabelecimento do autuado a partir de recipientes plásticos com agregação de tampas, eixos e rodas adquiridas de terceiros. E, o autuado, às fls. 392/393 afirma tratar-se de processo de montagem das partes, em cuja operação incide IPI, mas que no âmbito do estabelecimento do autuado, no processo de montagem dos produtos a que se referem as notas fiscais anexadas pelo defendente com CFOPs de saídas diferentes de 5101 e 6101, não há qualquer transformação petroquímica plástica, pré-requisito imprescindível para que haja o direito ao uso do benefício do BAHIAPLAST.

Transcreveu os arts. 1º, 9º e 10, VIII, do Decreto nº 7.439/98 e art. 111, I, do CTN, para fundamentar que o crédito presumido é restrito às saídas de produtos efetivamente fabricados pelo estabelecimento que foi objeto da concessão do benefício fiscal.

Face ao processo implementado pelo contribuinte relativamente aos produtos por ele simplesmente montados não envolver, no âmbito da indústria, qualquer transformação petroquímica plástica prevista no art. 1º da Lei nº 7351/98, nem se referir a fabricação no conceito contido no art. 9º, observada a interpretação literal da legislação tributária pertinente, como instrui o inciso I do art. 111 do CTN, concluiu não ter o autuado direito ao uso dos créditos presumidos decorrentes das saídas de produtos resultantes de processo de montagem.

Quanto a infração 05, esclareceu que a previsão para aplicação da multa já existia, segundo a redação dada pela Lei nº 8.534/02, sendo dada nova redação pela Lei nº 9.159/04, alterando a base para o cálculo da multa apenas sobre o valor das saídas e, obedecendo o princípio da retroatividade benigna da lei, foi aplicada a multa mais branda retroagindo-se para o mês de janeiro de 2004.

Opinou pela manutenção da autuação.

Considerando que não foi elaborado demonstrativo, mês a mês, apontando o valor da multa aplicada, bem como não consta levantamento apontando as inconsistências que foram mantidas, mesmo depois de ter o autuado o prazo legal para a retificação dos seus arquivos magnéticos, esta 1ª JF deliberou em pauta suplementar, que o processo fosse encaminhado a INFAZ CAMAÇARI, solicitando que o Inspetor Fazendário delibere que o auditor autuante adote as seguintes providências:

- a) elaborar demonstrativo indicando quais as inconsistências detectadas nos arquivos magnéticos já retificados e;
- b) elaborar demonstrativo apontando o valor da base de cálculo e da multa aplicada, mês a mês.

Em seguida, deveria a Repartição Fazendária, intimar o autuado, comunicando-lhe da reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, devendo, no ato da intimação e mediante recibo específico ser entregue cópia de todos os papéis relativos ao resultado da diligência requerida, bem como desta solicitação (fl. 558) e da informação fiscal às fls. 552 a 555.

Havendo manifestação do autuado fosse dada ciência ao autuante, para prestar nova informação fiscal, nos termos do art. 127 do RPAF/99.

Do resultado da diligência requerida, o autuante informa que, às fls. 295 a 383 dos autos, constam relatórios indicando, nota a nota, as inconsistências apontadas nos arquivos magnéticos apresentados após retificação e que foi entregue cópia do demonstrativo, às fls. 384, ao autuado, onde é indicado o valor das saídas, mês a mês, e a multa aplicada de 1%. Devolvendo os autos

para análise e julgamento.

VOTO

Das peças processuais constato que o autuado reconhece devidas as irregularidades apontadas nos itens 02 a 04 do Auto de Infração. Apesar do autuado alegar que o reconhecimento do débito tem relação com a pouca representatividade econômica, verifiquei que foi exigido ICMS por ter o mesmo deixado de recolher o imposto devido pela saída para a Zona Franca de Manaus de produtos destinados a consumo ou ativo fixo do adquirente; ter dado saída de produtos industrializados destinados a empresas localizadas em Município não beneficiados pela legislação, em relação a Zona Franca de Manaus, bem como deixado de comprovar o internamento por parte da SUFRAMA de operações realizadas com o benefício de isenção. Assim, a falta de comprovação do descabimento das irregularidades apontadas, aliado ao reconhecimento expresso do descumprimento da obrigação principal é suficiente para a confirmação do acerto do lançamento do crédito tributário, no tocante às infrações 02 a 04 dos autos.

Quanto a infração 01 – inicialmente observo que o autuante entendendo ter havido recolhimento a menos ICMS em decorrência da inobservância dos procedimentos estabelecidos nos arts. 9º e 10 do Dec. 7439/98, que regulamentou a Lei nº 7351/98 que instituiu o Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica – BAHIAPLAST, elaborou demonstrativo refazendo a conta corrente fiscal, consignando o crédito presumido apenas para as saídas em que constavam como CFOP nºs 5.101 e 6.101, que se referem a operações de saídas vendas de produção do estabelecimento (internas e interestaduais), excluindo as demais saídas, ou seja, aquelas cujos CFOPs não se referiam aos códigos acima indicados.

O autuado trouxe ao processo vias de notas fiscais argumentando: 1) ter havido equívoco na indicação das operações com CFOP 6108 – “venda de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros destinada a não contribuinte”, já que se trata de operações cujo código correto é o de número 6.107 - “venda de produção do estabelecimento destinada a não contribuinte”; 2) operações em que houve equívoco na escrituração do livro Registro de Apuração, ao indicar o CFOP 6.119 quando o indicado no documento fiscal é CFOP 6.118 - “venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário em venda à ordem”; 3) operações com CFOP 6.910 que se referem a saídas relativas a bonificações, doação ou brindes de produtos fabricados no estabelecimento do autuado (papa seleta e papeleira); 4) operações com CFOP 6.912 – que se referem a vendas de produtos fabricados no seu estabelecimento e que foram faturados como sendo “remessa de mercadorias ou bem para demonstração”, os documentos foram emitidos com destaque do imposto; 5) operações de vendas de produtos fabricados pelo autuado que foram indicados erroneamente o CFOP 6.949 que se refere a “outras saídas de mercadorias ou prestação de serviços não especificados”, para afirmar que apesar de se tratar de códigos de CFOP divergentes, todos os produtos se referem aos mesmos indicados nos documentos fiscais emitidos com os CFOPs 5.101 e 6.101, e que se trata de fabricação no seu estabelecimento.

Também, salientou o autuado que em determinado momento quanto está atuando em sua plena capacidade, utiliza a prestação de serviços de terceiros para realização de pequenas etapas - moldagem de peças isoladas -, remetendo para os prestadores de serviços a matéria prima necessária (polietileno ou nylon) em operações codificadas como “Remessa para Industrialização por encomenda”. Tais peças são juntadas a outras processadas pelo autuado e, montadas, passando a integrar o produto acabado.

O autuante, na informação fiscal, afirma que os produtos indicados nas notas fiscais anexadas pelo autuado são do tipo MSD 240, PAP DINA e MGB (contentores completos e papeleiras), montados no estabelecimento do autuado a partir de: recipientes plásticos com agregação de tampas, eixos e rodas adquiridas de terceiros, não tendo direito ao uso do benefício do BAHIAPLAST.

Observo que, na presente situação não foi exigido imposto em relação às operações em que houve a utilização de peças isoladas fabricadas por terceiros, mesmo se tratando de remessa para industrialização por encomenda, e sim, pela desconsideração de todas as operações cujos CFOP são diferentes dos relativos a vendas de produção própria, em operações internas e interestaduais n.ºs 5.101 e 6.101, por ter o autuante considerado que tais operações não alcançavam o benefício previsto através do BAHIAPLAST. Assim, na infração 01, apontada no presente Auto de Infração, não está se buscando a verificação da possibilidade ou não do contribuinte ser alcançado pelo benefício da utilização do crédito presumido previsto através do Decreto n.º 7.439/98, instituído pela Lei n.º 7.351, de 15 de julho de 1998, que se refere ao Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica – BAHIAPLAST, nos casos em que este utiliza serviços de terceiros para realização de moldagem de peças isoladas do processo de produção de itens de sua linha de produção, cujas peças se juntam às outras por ele processadas, passando a integrar o produto acabado, e sim, a exclusão do benefício nas operações que não foram indicados os CFOPs 5.101 e 6.101.

Ressalto que o inciso III do art. 5.º e art. 9.º, do Decreto n.º 7.439/98, condiciona de forma expressa de que a fruição do benefício é condicionada a que os produtos sejam fabricados no estabelecimento do beneficiário, no caso do autuado, senão vejamos:

Art. 5.º. As empresas interessadas em instalar ou ampliar projetos industriais no território baiano, com incentivos do Programa BAHIAPLAST, poderão pleitear os seguintes benefícios:

III - crédito presumido nas operações de saídas de produtos transformados, derivados de produtos químicos, petroquímicos básicos e petroquímicos intermediários, de estabelecimentos onde sejam exercidas atividades indicadas no art. 10 deste Regulamento, desde que fabricados nesses estabelecimentos.

Art. 9.º 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.

Assim, só se aplica o benefício previsto no Decreto acima citado, em relação aos produtos efetivamente fabricados pelo autuado; no entanto, nos autos não se está exigindo imposto em relação aos produtos que ocorreram “montagem” ou seja, que foram fabricados por terceiros em razão do autuado ter remetido matéria prima para prestação de serviços a título de “remessa para industrialização por encomenda”, ficando, desta maneira, prejudicada a exigência do tributo por falta de certeza e liquidez do lançamento, na forma que se apresenta, haja vista não ter ficado demonstrado nos autos que as operações com os códigos CFOP diferentes de 5.101 e 6.101, não fossem decorrentes de fabricação própria do autuado. Desta maneira, os elementos constantes nos autos são insuficientes para demonstrar que o autuado tenha deixado de atender as exigências contidas nas disposições regulamentares acima transcritas. Considero nula a infração.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que seja providenciada nova ação fiscal, a salvo de falhas, referente à Infração 01.

No tocante a infração 05 – foi aplicada multa ao autuado pela falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, sob o fundamento de que intimado a retificar os dados constantes nos arquivos magnéticos que foram apresentados com diversas inconsistências, tendo sido dado prazo de 30 dias, mesmo assim, retificados apresentando inconsistências, sendo considerados não apresentados, de acordo com as disposições regulamentares.

Em conformidade com o art. 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas.

Analisando as peças processuais, constato que o autuado a partir de março de 2003 estava obrigado a apresentar os arquivos magnéticos, mês a mês, já que passou a se usuário do SEPD, também, para emissão de Nota Fiscal Fatura e livros fiscais, estando obrigado a apresentar os arquivos magnéticos com todos os registros, exigidos pela legislação, conforme dispõe o § 4º do art. 708-A, do RICMS/97, que estabelece o seguinte:

“§4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.”

O Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Convênio ICMS 57/95, nos itens 26.1 e 26.2 do referido Manual prevêm que:

26.1 - O arquivo magnético será recebido condicionalmente e submetido a teste de consistência;

26.2 - Constatada a inobservância das especificações descritas neste manual, o arquivo será devolvido para correção, acompanhado de Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas. A listagem será fornecida em papel ou meio magnético, de acordo com a conveniência da Repartição Fazendária.

Assim, de acordo com o item 26.1 do referido Manual de Orientação para Usuários de SEPD, o arquivo magnético é recebido condicionalmente, caracterizando a falta de sua apresentação, quando este não contém todos os registros. Inclusive, quando os arquivos apresentados estão fora das especificações, como se verifica do item 26.2 do citado manual, devem ser devolvidos ao recorrente para correção, com a indicação das irregularidades encontradas, procedimento que foi observado pela autuante, uma vez que a ação fiscal foi desenvolvida com a observação dos requisitos previstos na legislação pertinente.

No que concerne a alegação defensiva de que a indicação do art. 42, XIII-A, “g”, da Lei nº 7.014/96, para aplicação de multa só começou a vigor a partir de 11/07/2004, mediante Lei nº 9.159/04 que alterou a Lei nº 7.014/96, observo que o autuado se equivoca nessa interpretação, haja vista já haver a previsão legal para aplicação da referida multa, mesmo em período anterior a autuação, inclusive, no período, objeto da autuação, houve 3 (três) alterações na alínea “g” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, senão vejamos:

XIII-A - nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados:

A redação dada à alínea "g", do inciso acima indicado teve seus efeitos no período de 14/12/02 a 09/07/04, pela alteração dada pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, e estabeleceu o seguinte::

"g) 1% (um por cento) do valor das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, ocorridas em cada período, pelo não fornecimento, nos prazos previstos na legislação, de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;

Nova alteração dada pela Lei nº 9.159 de 09/07/2004, efeitos de 10/07/04 a 10/02/05:

"g) 1% (um por cento) do valor das saídas do estabelecimento 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 efetuadas e tomadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura;"

E, a alteração dada pela Lei nº 9.430 de 10/02/2005, dispõe o seguinte:

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;

Como inicialmente a previsão legal era para ser aplicada multa tendo como base de cálculo as operações de entradas e de saídas e, considerando que as alterações posteriores e anterior à autuação, por serem benéficas ao contribuinte devem ser aplicadas retroativamente (art. 106, II, "c", do CTN), ou seja, a multa aplicada no período anterior a julho de 2004 deve ser calculada com base apenas nas operações de saídas, o que ocorreu.

Tendo examinado os documentos anexados aos autos, constato que o autuante anexa aos autos relação das notas fiscais informadas no Registro Tipo 50 que foram omitidas no Registro Tipo 54 (fls. 296 a 369) e relação das notas fiscais, apontando divergências do ICMS informado no Registro Tipo 50 comparado ao indicado no Registro Tipo 54 (fls.370 a 383), confirmando a existência de inconsistências, fato motivador da aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, "g", da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 9.159/04. Também observo que o autuado teve conhecimento das inconsistências apontadas na autuação, bem como recebeu cópia do cálculo da multa, mês a mês, ficando, desta forma, caracterizada a infração imputada para aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de entrega dos arquivos magnéticos, relativos aos meses de janeiro de 2004 a março de 2005.

No entanto, a multa pelo descumprimento da obrigação acessória deve ser aplicada considerando os períodos de apuração, ou seja, mês a mês, haja vista que o autuante apesar de apresentar no demonstrativo os valores, mês a mês, indicou, equivocadamente, no Auto de Infração, como sendo uma ocorrência em 31/05/05. Como o autuado teve conhecimento dos valores aplicados em cada período, deve ser corrigida a data de ocorrência apontada no Auto de Infração, identificando, mês a mês, os valores devidos, conforme abaixo demonstrado:

Mês/Ano	Valor da multa (1%)
Janeiro de 2004	5.554,74

Fevereiro de 2004	4.019,47
Março de 2004	9.149,62
Abril de 2004	9.903,58
Maiο de 2004	8.860,73
Junho de 2004	12.781,63
Julho de 2004	15.200,22
Agosto de 2004	5.742,57
Setembro de 2004	5.733,62
Outubro de 2004	9.406,04
Novembro de 2004	6.508,75
Dezembro de 2004	9.445,73
Janeiro de 2005	12.966,90
Fevereiro de 2005	9.125,08
Março de 2005	10.249,62
TOTAL	134.648,30

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0010/05-4**, lavrado contra **CITEC INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 656,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$134.648,30**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da mesma lei.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR