

PROCESSO - A. I. Nº 206948.0010/05-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CITEC INDUSTRIAL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0474-01/05
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTERNET - 03/03/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0051-12/06

EMENTA: ICMS. CRÉDITO PRESUMIDO. PROGRAMA BAHIAPLAST. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00, a 1ª JJF recorre de ofício da Decisão exarada no julgamento do Auto de Infração nº 206948.0010/05-4.

Em acordo com o relatório contido na Decisão da JJF o presente Auto de Infração exige ICMS, no e multa por ter o contribuinte cometido as 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 arts. 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 previstos 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 e 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.

A Decisão de 1ª Instância assim se manifesta “*das peças processuais constato que o autuado reconhece devidas as irregularidades apontadas nos itens 2 a 4 do Auto de Infração*”. Apesar do autuado alegar que o reconhecimento do débito tem relação com a pouca representatividade econômica, verifico 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 2 a 4 dos autos.

Quanto à infração 1 – 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 nºs 5.101 e 6.101, por ter o autuante considerado que tais operações não alcançavam o benefício previsto através do BAHIAPLAST. Assim, na infração 1, 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 nº 7.439/98, instituído pela Lei nº 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. 5º e art. 9º, do Decreto nº 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. 5º. 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. 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.

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 1.

No tocante a infração 5 – 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 cancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspeção 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 prevêem 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 |
| Mai 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 |

Vota pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

VOTO

Concordo com a posição adotada pela JJF. Efetivamente quanto à infração 1 – *recolhimento a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto* – incorreu em equívoco o Sr. Autuante. Ao refazer a conta corrente fiscal do contribuinte, consignou o crédito presumido apenas para as saídas em que constavam como CFOP nºs 5.101 e 6.101, que se referem a operações de vendas internas e interestaduais excluindo as demais. A argumentação trazida pelo contribuinte quando da impugnação, explicando os equívocos cometidos em relação à indicação do CFOP nos livros e documentos fiscais demonstra que, no mínimo, tais livros e documentos

deveriam ter sido checados, pois se é verdade o que diz o contribuinte, o que ocorreu foi um erro na codificação, pois, se correto estivesse, todos eles estariam enquadrados no CFOP nº 5.101 e 6.101. A informação fiscal afirmou que os produtos indicados nas notas fiscais anexadas pelo contribuinte não têm direito ao uso do benefício do Bahiaplast. Ora, a autuação cingiu-se à desconsideração de todas as operações cujos CFOP são diferentes dos relativos a vendas de produção própria, em operações internas e interestaduais nºs 5.101 e 6.101, ou seja, na infração 01, como disse o Sr. relator da JJF “ *não está se buscando a verificação da possibilidade ou não do contribuinte ser alcançado pelo benefício da utilização do crédito presumido previsto através do BAHIAPLAST, e sim, a exclusão do benefício nas operações que não foram indicados os CFOPs 5.101 e 6.101.* ”

Chegamos à mesma conclusão da JJF, ou seja, os benefícios do programa Bahiaplast aplicam-se aos produtos efetivamente fabricados pelo autuado, no entanto no presente lançamento não está claro que a exigência do imposto refere-se exclusivamente aos produtos 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*”. Não podemos de sã consciência afirmar que o lançamento deixa claro que todas as operações realizadas e registradas de forma diferente da 5.101 e 6.101 tenham sido realizadas fora da âmbito do programa.

Diante do exposto concordamos mais uma vez com a Decisão da JJF no sentido de que “*os elementos constantes nos autos são insuficientes para demonstrar que o autuado tenha deixado de atender às exigências contidas nas disposições regulamentares*” e ratifico a posição daquele órgão julgador de Primeira Instância pela nulidade deste item.

Reitero também, nos termos do art. 21 do RPAF/99, a representação no sentido de que a autoridade competente providencie uma nova ação fiscal, a salvo de falhas, referente à multicidada infração 1. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206948.0010/05-4, lavrado contra CITEC INDUSTRIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrido 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, com os devidos acréscimos moratórios. Recomendada a renovação do procedimento fiscal em relação à primeira infração mencionada no Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS