

PROCESSO - A. I. Nº 180573.0004/05-5  
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PLÁSTICOS BEIJA FLOR LTDA.  
RECORRIDOS - PLÁSTICOS BEIJA FLOR LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSOS - RECURSO DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0364-02/06  
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA  
INTERNET - 03/01/2007

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0526-12/06

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO NÃO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Infração elidida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. PRODUTOS ACABADOS. ENTRADAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Considerando que o levantamento quantitativo foi efetuado em estabelecimento industrial, não é devido exigir o imposto com base em presunção legal, por não haver omissão de entrada de produto acabado, mas provavelmente de matéria prima. Assim, não havendo elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento da infração, impõe a sua nulidade, devendo ser renovada a ação fiscal, salvo de falhas. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A MICROEMPRESAS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DE 7% AO INVÉS DE 17%. Procedimento em desacordo com a norma legal em vigor. Infração caracterizada. O contribuinte comprova o pagamento do débito exigido. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PREJUDICADO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos contra Decisão que julgou procedente em parte o Auto de Infração lavrado em 22/06/2005, para reclamar ICMS e multa no valor total de R\$115.176,09, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 5.890,85, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de março, maio, julho a setembro, novembro e dezembro de 2000, janeiro a março, maio a dezembro de 2001, janeiro de 2001 a novembro de 2002, conforme demonstrativo às fls. 20 a 22.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 1.669,81, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro, março, junho, agosto e novembro de 2001, janeiro, março, abril, junho, julho e dezembro de 2002, conforme demonstrativo à fl. 23.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 6.519,48, nos meses de março e novembro de 2001, e maio de 2002, através de lançamento nos livros fiscais de notas fiscais de aquisição de mercadorias para integrar o ativo permanente, conforme demonstrativo à fl. 24.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 444,85, nos meses de agosto, setembro e dezembro de 2001, janeiro, maio, agosto, setembro e dezembro de 2002, através de

lançamento nos livros fiscais de notas fiscais de aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo à fl. 24.

5. Falta de recolhimento dos acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, no valor de R\$ 288,28, pago intempestivamente porém espontâneo, no mês de maio de 2001, em razão de ter lançado notas fiscais de saídas do referido período, no mês de junho de 2001, conforme demonstrativo às fls. 26 a 28.
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 22.667,53, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias relativo ao exercício de 2001, conforme demonstrativos e documentos às fls. 29 a 93.
7. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 17.446,38, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias (insumos e materiais auxiliares de produção) não contabilizadas com base em notas fiscais capturadas pelo CFAMT, conforme demonstrativos às fls. 94 a 96.
8. Deu entrada no estabelecimento, através das notas fiscais relacionadas às fls. 94 a 96, de mercadorias (insumos e materiais auxiliares de produção) sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, maio a dezembro de 2001, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 13.095,54, equivalente a 10% sobre o total das mercadorias, conforme demonstrativo à fl. 97.
9. Deu entrada no estabelecimento, através das notas fiscais relacionadas à fl. 99, de mercadorias (destinadas ao ativo fixo) não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, maio, julho a agosto, outubro e novembro de 2000, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 631,72, equivalente a 1% sobre o total das mercadorias, conforme demonstrativo à fl. 99.
10. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 37.139,35, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2002, correspondente a emissão, na condição de industrial, de notas fiscais para empresas enquadradas no Regime do Simbahia, com base na IN nº 38/94, conforme demonstrativo à fl. 100.
11. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 9.382,30, no mês de janeiro de 2001, referente a imposto não destacado em documento fiscal, através de lançamento extemporâneo no livro RAICMS, no Campo “Outros Créditos” sem a devida comprovação, conforme documentos à fl. 272.

O sujeito passivo por seu representante legal, em sua impugnação às fls. 708 a 729, preliminarmente reconheceu os débitos correspondentes às infrações 01 a 05, e 07 a 09, no total de R\$ 45.986,91, e informou que providenciará o seu recolhimento com as cominações legais.

Quanto à infração 06, esclareceu que os produtos comercializados pelo estabelecimento são exclusivos de produção própria, mas também, decorrentes de saídas de insumos enviados para industrialização por outra empresa sediada em São Paulo.

Aduz que a acusação fiscal está fora dos padrões legais, e inquinada de vícios substanciais insanáveis, uma vez que foram incluídas no levantamento quantitativo notas fiscais capturadas pelo CFAMT que não foram escrituradas nos livros fiscais, referentes a insumo e materiais auxiliares de produção, dentre as quais, as notas fiscais nºs 013655, de 02/02/01 e 014443 de 31/05/01 referentes a retorno de produtos fabricados pela Plastest – Indústria e Comércio de Plásticos Ltda.

Quanto aos produtos acabados, alega que foram englobados em um só título (BOBINAS, SACOS E SACOLAS) em virtude não ter informado o seu detalhamento, pois o controle é feito pelo conjunto, conforme Relatório de Produção e Consumo apresentado em disquete (doc. fl. 699), e também pelo Registro de Inventário apenso aos autos.

Ressalta que o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias é um procedimento utilizado para auditoria de estoque nos estabelecimentos comerciais, obedecendo padronização em termos de gênero, espécie e unidade de medida. Diz que para aplicação em levantamento em estabelecimento industrial, como é o seu caso, deve ser levado em conta o índice de produção e de quebra reconhecido por órgão técnico, e que o não conhecimento de tais índices impossibilita a realização deste tipo de levantamento, configurando arbitramento.

Salienta que em virtude do autuante não ter observado as disposições contidas na Portaria nº 445/98, a ação fiscal ficou prejudicada, pois foram englobadas todas as omissões como decorrentes de BOBINAS, SACOS e SACOLAS, pelo fato de não ter sido informado o seu detalhamento pela empresa.

Diz que sendo uma indústria de transformação plástica, para que seja apurado o consumo de matéria prima e produtos químicos empregados em cada espécie de produtos, não seria possível mensurar nem classificar as saídas como sendo os produtos levantados na auditoria de estoques, o que torna uma presunção.

Além disso, argumenta ilegalidade na cobrança do imposto neste item, pois entende que haveria de ser considerado que na infração 08 foi apurada omissão de entradas, sob pena de ser tributada uma mesma infração duas vezes.

Conclui que esta infração é nula de pleno direito ou improcedente por falta de suporte fático e fundamentação legal.

Quanto a infração 10, diz que o erro na determinação da base de cálculo em que se fundamentou o autuante decorreu da não aceitação do estabelecimento ter repassado para o adquirente, sob forma de desconto, o valor correspondente ao benefício resultando da adoção da alíquota de 7%, com base na Instrução Normativa nº 38/94.

Argumenta que o autuante não observou que as normas contidas na referida IN não foram revogadas, e toda a matéria consta recepcionada no artigo 51, § 1º, incisos I e II, do RICMS/97. Mesmo assim, ressalta que as vendas para empresas do SimBahia já estavam definidas na alínea “c” do inciso I, do artigo 51, como sendo de 7% a alíquota.

Foram acostadas aos autos cópias de notas fiscais faturadas para microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes (docs. fls. 761 a 862).

Sobre a infração 11, foi esclarecido que a empresa opera na atividade de indústria de transformação plástica, (cujo Regulamento do Desenvolvimento da Indústria – BAHIAPLAST foi aprovado pelo Decreto nº 7.439, de 17/09/1998), transcrevendo a disposição prevista no artigo 5º, III, § 1º, do citado Regulamento.

Informou que a empresa solicitou seu enquadramento para usufruir os benefícios previstos no artigo 7º da Resolução nº 02/2000 editada para ratificar a Resolução nº 31/98, sendo contemplada com a habilitação nº 21.003155.000-4 (doc. fl. 759).

Por conta disso, diz que o estabelecimento estava autorizado a utilizar os benefícios a partir de dezembro de 1999, porém, somente passou a utilizar após a edição do Certificado de Habilitação editado em junho de 2000, pois o documento chegou atrasado, mais precisamente no mês de janeiro de 2001, conforme lançamento no RAICMS, a título de crédito extemporâneo, conforme prevê o § 2º do artigo 101, do RICMS/97.

Por fim, requer a improcedência parcial da autuação, homologando os valores reconhecidos e recolhidos.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 866 a 868, rebateu os argumentos defensivos em relação às infrações impugnadas na forma que segue.

Infração 6 – Considerou equivocado o entendimento do autuado, mediante o esclarecimento de que o levantamento abrangeu apenas os produtos acabados, e que levou em conta apenas a movimentação de produtos acabados, ou seja, que tomou por base o estoque inicial constante no Registro de Inventário, a produção constante no Relatório de Produção informado pela empresa,

as vendas levantadas pelas notas fiscais de saídas e o estoque final consignado no Registro de Inventários.

Explica que foi a própria empresa que englobou em uma só espécie, sob a denominação de “Produtos Acabados: Bobinas, Sacos e Sacolas”, conforme consta em seus controles, tais como Registro de Inventário e Relatório de Produção e Consumo, não sendo feito uso de índices de consumo. Salientou que os três produtos são afins e que foi considerada a unidade QUILO como parâmetro de contagem.

Quanto a questão suscitada na defesa a respeito da compensação com valores pertinentes à infração 8, o preposto fiscal não acatou este argumento defensivo, por entender que no rol das notas fiscais não registradas e que culminaram com aquela infração, não constam valores referentes à matéria prima, mas sim, outros insumos e materiais auxiliares.

No tocante a infração 10, o autuante, tomando como exemplo a Nota Fiscal nº 4664 (fl. 266), demonstrou como foi efetuado o cálculo do débito, e diz que, por se tratar de venda efetuada a contribuinte enquadrado no SimBahia, o mesmo foi feito incorretamente com base na Instrução Normativa nº 38/94, que não mais se aplicava por ser anterior ao RICMS/97.

No que concerne a infração 11, salienta que antes da lavratura do Auto de Infração a empresa foi intimada por duas vezes a apresentar esclarecimentos e comprovação da origem do crédito consignado diretamente no Registro de Apuração do ICMS, porém, não atendeu ao seu pedido. Após analisar o demonstrativo e os documentos apresentados na defesa, mais precisamente, a legislação concernente ao Programa Bahiaplast, de cujo benefício passou a ser detentor através da Resolução nº 2/2000 de 23/10/2000, retificada e ratificadora da Res. 31/99, admitiu aceitável a comprovação da utilização do crédito extemporâneo.

O Julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

*“Na análise das peças processuais, verifico que, das onze infrações contempladas no Auto de Infração, o autuado reconheceu como devidos os itens constantes no quadro abaixo, com débito no total de R\$ 45.986,91.*

INF.	Fatos	Vl. débito
1	Diferença de alíquotas - material de consumo.	5.890,85
2	Diferença de alíquotas – ativo fixo.	1.669,81
3	Crédito indevido - material de consumo	6.519,48
4	Crédito indevido - ativo fixo.	444,85
5	Acréscimos tributários	288,28
7	Omissão de saídas - entradas não contabilizadas.	17.446,38
8	Entradas de mercadorias tributáveis não escrituradas.	13.095,54
9	Entradas de mercadorias não tributáveis não escrituradas.	631,72
TOTAL		45.986,91

*Quanto às demais infrações, através dos documentos constantes nos autos é possível concluir-se o seguinte.*

*Infração 06 – Trata-se de débito, no valor de R\$ 22.667,53, apurado através de auditoria de estoques em exercício fechado (01/01 a 31/12/2001) conforme demonstrativos e documentos às fls. 29 a 93, sendo exigido o imposto sobre a diferença nas quantidades de entradas de BOBINAS, SACOS E SACOLAS, com base na presunção legal de que dita diferença indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas.*

*Foi alegado na defesa que foram incluídas no levantamento quantitativo, notas fiscais capturadas pelo CFAMT que não foram escrituradas nos livros fiscais, referentes a insumo e materiais auxiliares de produção, dentre as quais, as notas fiscais nºs 013655, de 02/02/01 e 014443 de 31/05/01 que se referem a retorno de produtos fabricados pela Plastest – Indústria e Comércio de Plásticos Ltda. Não foi comprovada esta alegação.*

*Quanto à alegação de que foram englobados em um só título (BOBINAS, SACOS E SACOLAS), observo que o próprio contribuinte confirmou não ter informado o seu detalhamento. O autuante, por seu turno, explicou que levou em conta apenas a movimentação de produtos*

acabados, ou seja, que tomou por base o estoque inicial constante o Registro de Inventário, a produção constante no Relatório de Produção informado pela empresa, as vendas levantadas pelas notas fiscais de saídas e o estoque final consignado no Registro de Inventários.

Analizando o Registro de Inventário às fls. 87 a 93, constato que os produtos levantados encontram-se englobados como produtos acabados. Considerando que o controle de tais produtos acabados é feito pelo conjunto, e sua movimentação é feita em “quilos”, considero aceitável que o levantamento tenha sido adotado com base na padronização em termos de gênero, espécie e unidade de medida, pois foi esta a forma como a empresa escriturou os estoques.

Contudo, considerando que o débito foi apurado com base em omissão de entradas de BOBINAS, SACOS E SACOLAS (produtos acabados), em estabelecimento industrial de transformação plástica, entendo que não é cabível a exigência fiscal, em razão do fato de que os produtos aludidos não foram objeto de entradas no estabelecimento do contribuinte, sendo resultado do processo de transformação de plásticos, este sim objeto de aquisição por parte do estabelecimento. Diante da constatação de diferenças nas entradas, o mais adequado para o caso seria, ao invés de partir da matéria prima para chegar ao produto acabado, tomar por base o produto acabado, e em sentido inverso, se restar apurada diferença de entrada da matéria prima, aí sim, seria devido atribuir ao autuado a responsabilidade tributária por ter adquirido mercadoria sem documentação fiscal ou por omissão de saídas anteriores.

Nesta circunstância, considero que falta certeza e liquidez ao presente lançamento, impondo que seja decretada de ofício a nulidade deste item do Auto de Infração, ficando, no entanto, representada a autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, para ser refeito o trabalho fiscal salvo de falhas, nos termos do art. 156 do RPAF.

Por último, sendo nulo este item, subsiste integralmente o débito do item 08 correspondente a multa por descumprimento de obrigação acessória com base na apuração de omissão de entradas de mercadorias tributáveis no exercício de 2001.

Infração 10 – A exigência fiscal deste item é concernente a recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 37.139,35, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, correspondente a emissão, na condição de industrial, de notas fiscais para empresas enquadradas no Regime do Simbahia, com base na IN nº 38/94, conforme demonstrativo à fl. 100.

Tendo em vista que a Instrução Normativa nº 38/94 não mais se aplica, pois é anterior ao atual Regulamento do ICMS que entrou em vigor em 1997, o cálculo do imposto com base na citada IN é incompatível com o disposto no artigo 51, § 1º, II, do RICMS/97.

Infração 11 – O crédito fiscal foi considerado indevido em razão do autuado, no curso da ação fiscal, não ter comprovado o lançamento extemporâneo efetuado no RAICMS no valor de R\$ 9.382,30, no mês de janeiro de 2001, no Campo “Outros Créditos”.

Considerando que o autuante declarou ter analisado o demonstrativo e os documentos apresentados na defesa, relativos a legislação concernente ao Programa Bahiaplast, confirmado que o estabelecimento passou a ser detentor do benefício através da Resolução nº 2/2000 de 23/10/2000, retificada e ratificadora da Res. 31/99, ficando, assim, comprovado o lançamento citado, e encerrada a lide em relação a este item, tornando-o improcedente.

Ante o exposto, rejeito as nulidades argüidas, e no mérito voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de 83.126,26.”

Inconformado com a Decisão supra, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário e, vindo, posteriormente, efetuar o pagamento do valor integral do débito julgado, com os benefícios da Lei nº 10.328/06.

## VOTO

Às fls. 893/902, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário, impugnando a infração 10, prejudicado em decorrência de comprovante de pagamento integral do valor da condenação de Primeira Instância, constante nas fls. 917/918 do PAF.

O Recurso de Ofício restringe-se aos itens 6 e 11 da autuação. Quanto ao item 6, restou comprovado no processo que os produtos acabados, bobinas, sacos e sacolas, são de fabricação própria da empresa autuado, objeto de transformação de plástico, matéria-prima adquirida de terceiros. Incompreensível que a empresa tenha sido autuada pela omissão de entrada desses produtos em seu estabelecimento. A infração é improcedente.

Quanto ao item 11, o próprio autuante admitiu em sua informação que a empresa está habilitada a usufruir o benefício legal atribuído ao segmento fabricante de produtos plásticos.

Em face do exposto, julgo PREJUDICADO o Recurso Voluntário, e NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, homologando a importânciarecolhida, conforme documento de fls. 917/918.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício interposto e considerar PREJUDICADO Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 180573.0004/05-5, lavrado contra PLÁSTICOS BEIJA FLOR LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$69.110,72, sendo R\$6.810,14, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.364,11 e 70% sobre R\$5.446,03, previstas no art. 42, II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$62.300,58, acrescido das multas de 60% sobre R\$50.300,23 e 70% sobre R\$12.000,35, previstas no art. 42, II, “a”, e “f”, VII, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de R\$13.727,26, sendo R\$631,72, atualizada monetariamente, previstas nos incisos XI e IX, do artigo e lei supracitados, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, e mais os acréscimos moratórios no valor de R\$288,28, previsto no inciso VIII, do citado dispositivo legal, devendo ser homologados os valores comprovadamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2006.

TOLstoi SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ –RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR. DA PGE/PROFIS