

A. I. N º - 206918.0001/06-8
AUTUADO - NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA
AUTUANTES - ISRAEL CAETANO e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 04.10.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0269-01/06

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÃO DE SAÍDA DE MERCADORIA PARA MICROEMPRESAS DE OUTROS ESTADOS À ALÍQUOTA DE 7%. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS PARA NÃO CONTRIBUINTES DE OUTROS ESTADOS. **c)** SAÍDAS DE MERCADORIAS PARA OUTRO ESTADO COM A APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%. Comprovado que o autuado não observou as condições estabelecidas na legislação, relativamente à correta aplicação da alíquota nos três casos. Infrações comprovadas, com o reconhecimento do autuado sobre o cometimento das irregularidades imputadas nas infrações 01 e 03. 2. EXPORTAÇÃO. FALTA DE PROVA DA SAÍDA DE MERCADORIAS PARA O EXTERIOR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** Saídas interestaduais para empresas indevidamente equiparadas a comercial exportadora ou *trading company*. Infração comprovada. **b)** Falta de apresentação de guia ou registro exportação. Restou caracterizada a saída das mercadorias para o mercado interno. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado nos autos que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias a título de empréstimos, sem efetuar o destaque e o recolhimento do ICMS correspondente. Infração caracterizada. **b)** CANCELAMENTO IRREGULAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Procedimento em desacordo com as normas estabelecidas pelo Regulamento do ICMS. Infração mantida. 4. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Correta a equiparação da operação de importação às operações internas. No entanto, ficando evidenciado o erro no cálculo do ICMS devido pela importação, a infração é mantida parcialmente, para exigência da diferença recolhida a menos. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. Infração não contestada. **b)** MATERIAL DE CONSUMO. Vedada a utilização de crédito de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento. Autuado elide em parte a acusação. Infração parcialmente caracterizada. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração comprovada parcialmente. 7. DIFERIMENTO. DESTINATÁRIO NÃO HABILITADO PARA OPERAR NO REFERIDO REGIME. Neste caso, o imposto deve ser pago no ato da saída. Comprovado descaber a utilização do

diferimento em diversas operações promovidas pelo autuado, à exceção daquelas destinadas a contribuintes beneficiados pelo Programa DESENVOLVE. Infração parcialmente caracterizada.

8. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EFETUDA POR AUTÔNOMO OU POR EMPRESA NÃO INSCRITA NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Autuado anexa documentação que comprova o pagamento parcial do imposto exigido. Infração mantida parcialmente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 23/02/2006, exige ICMS no valor total de R\$ 759.229,83, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de novembro de 2002 e janeiro de 2003, no valor de R\$ 2.735,42, com aplicação da multa de 60%. Consta que foram realizadas vendas de mercadorias para microempresas de outros estados, com aplicação da alíquota de 7%, como se as mesmas estivessem estabelecidas no Estado da Bahia. Documentos comprobatórios: Demonstrativo (fl. 17) e cópias das Notas Fiscais 6516 e 7186 (fls. 18/19);

02 – Deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias indevidamente equiparadas a exportação, para destinatários não enquadrados como empresas comerciais exportadoras ou *trading companys*, nos meses de janeiro, setembro e outubro de 2004, no valor de R\$ 47.336,69, com aplicação da multa de 60%. Consta que foram efetuadas saídas de mercadorias tributadas (sacos) sem destaque do ICMS e que apesar do CFOP (6501), constante em alguns documentos, indicar saída interestadual com fim específico de exportação, os destinatários são a Usina Central Olho D’Água e a Usivale Indústria e Comércio, usinas de açúcar localizadas no Estado de Pernambuco, conforme Demonstrativo (fl. 21), cópia das notas fiscais (fls. 22 a 37), cópia do Processo 00760220022/2002 (Pedido de Regime Especial) com Parecer 2552/2002 (fls. 41 a 43).

03 – Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de setembro de 2002, fevereiro, maio, julho, agosto e outubro de 2003, março, maio a julho, setembro, novembro e dezembro de 2004 e fevereiro, abril a julho e setembro de 2005, no valor de R\$ 604,76, com aplicação da multa de 60%. Consta que foram efetuadas saídas de mercadorias para contribuintes não inscritos nos estados de destino, com aplicação da alíquota de 12%. Documentos comprobatórios: Demonstrativo (fls. 48 a 50) e cópia de uma nota fiscal para cada CPF destinatário (fls. 51 a 64);

04 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de junho e julho de 2005, exigindo ICMS no valor de R\$ 14.291,26, acrescido da multa de 60%. Consta que foram realizadas saídas de mercadorias para contribuintes inscritos neste Estado sem destaque do imposto, em operação de empréstimo comercial, conforme Demonstrativo de fl. 66 e cópias das Notas Fiscais 17.593, 17.981 e 18.134 (fls. 67 a 69);

05 - Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril e maio de 2003 e fevereiro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.820,68, acrescido da multa de 60%. Consta que foram efetuadas saídas de mercadorias para contribuinte situado no Estado de São Paulo com alíquota de 7% ao invés de 12%, conforme Demonstrativo (fl. 71) e cópias das Notas Fiscais 8.144, 8.267,

8.344, 11.460, 11.461 e 11.467 (fls. 72 a 77), consulta sobre alíquota de devolução de empréstimo interestadual (fl. 78) e cópia do Registro de Entradas (fls. 79 a 81), para comprovar o lançamento de entrada por empréstimo;

06 – Recolheu a menos o ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o seu desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, no mês de abril de 2004, exigindo imposto no valor de R\$ 55.142,07, acrescido da multa de 60%, conforme Demonstrativo do Cálculo do ICMS devido (fl. 83) e processo de importação (fls. 84 a 103);

07 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade, no mês de setembro de 2003, no valor de R\$ 3.908,14, acrescido da multa de 60%, conforme cópia da Nota Fiscal 34.442 (fl. 105) e cópias das folhas 7 e 10 de livro REM 06 (fls. 106 a 108);

08 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, relativo a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março a julho e setembro a dezembro de 2002, janeiro a junho de 2003 e novembro de 2004, no valor de R\$ 25.761,81, com aplicação da multa de 60%. Conforme Demonstrativo (fls. 110/111), cópia dos documentos fiscais (fls. 112 a 138) e cópia do lançamento no livro Registro de Entradas (fls. 139 a 170);

09 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro a julho e setembro a dezembro de 2002, e janeiro a junho de 2003, com exigência de ICMS no valor de R\$ 36.379,73 e aplicação da multa de 60%, conforme Demonstrativo (fls. 110/111), cópias das notas fiscais e do livro Registro de Entrada (fls. 112 a 170);

10 – Deixou de recolher ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registros de Exportação, no mês de abril de 2005, sendo exigido o ICMS no valor de R\$ 39.208,99, com aplicação da multa de 60%, conforme Demonstrativo (fl. 172) e cópias das Notas Fiscais 16.713 e 16.714 (fls. 173/174);

11 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2002, janeiro a outubro de 2003, fevereiro a julho, outubro e novembro de 2004, e janeiro a agosto de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$ 482.301,38, acrescido da multa de 50%. Consta que foram realizadas saídas internas de mercadorias com diferimento, portanto sem destaque do ICMS, para contribuintes não autorizados a adquirir mercadorias do sujeito passivo nessa condição, conforme Demonstrativo (fls. 176 a 182), cópia de notas fiscais (fls. 183 a 187) e cópias de Resoluções BAHIAPLAST/PROBAHIA (fls. 188 a 206);

12 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, nos meses de março a maio, julho a outubro e dezembro de 2002, janeiro a outubro e dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004 e janeiro, fevereiro, abril, maio, setembro e outubro de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$ 40.087,20, acrescido da multa de 60%. Tudo conforme Demonstrativo (fls. 208 a 214), consulta do recolhimento do ICMS sob o código 1372 (fls. 215 a 218) e consulta do INC sobre a condição das empresas prestadoras de serviço de transporte (fls. 219 a 228);

13 – Deixou de recolher, no prazo regulamentar, o ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Constatada a circulação de mercadorias relativas a notas fiscais canceladas irregularmente, nos meses de fevereiro de 2003, e janeiro, março e julho de 2005, sendo exigido o

imposto no valor de R\$ 4.651,70, acrescido da multa de 70%, conforme Demonstrativo de fl. 230 e cópia das Notas Fiscais 7.475, 15.907, 16.587 e 18.153, recebidas pelo destinatário, além de cópia do livro Registro de Saídas, indicando o cancelamento (fls. 233 a 241).

O autuado apresentou defesa às folhas 252 a 276, destacando e descrevendo as infrações 02, 04, 05, 06 e 08 a 13. Ao apresentar as razões da impugnação, ressaltou o bom relacionamento entre o fisco e o contribuinte, durante o período da fiscalização, referindo-se também à reconhecida capacidade técnica dos prepostos fiscais da SEFAZ-BA. Observou, entretanto, que, apesar disso, ocorreram equívocos que provocaram a cobrança indevida do imposto.

Tratando do princípio da verdade material, disse que o mesmo está inserido no art. 2º do RPAF/99 e no art. 2º do Regimento Interno do CONSEF e que no processo administrativo fiscal esse princípio predomina, considerando-se que se busca descobrir se realmente ocorreu ou não o fato gerador. E que, por essa razão, o julgador tem mais liberdade do que o juiz dentro do processo judicial. Para formar sua convicção, o julgador pode determinar a realização de diligências ou perícias, a fim de conhecer os verdadeiros fatos que envolvem o processo. Hábito esse utilizado pelos membros das Juntas e Câmaras deste CONSEF.

Alegou que a necessidade de se provar a ocorrência do fato gerador, bem como de se averiguar a verdade material, constitue-se em um dever jurídico, conforme ensinamentos do tributarista Alberto Xavier. Citou o entendimento de José Souto Maior Borges, quanto à obrigação da atuação do fisco ser imparcial, perseguindo a verdade material, independentemente dos fatos apurados serem favoráveis ou não à Fazenda Pública. Asseverou que a verdade material deve sempre se sobrepor à verdade formal, garantindo, sempre, o contraditório e a ampla defesa.

Argüiu que na busca da verdade material, o ônus da prova deve ser atribuído ao fisco, devendo haver inversão, para transferi-lo ao contribuinte, quando houver expressa disposição na norma legal. Assim, a administração não pode se satisfazer apenas com as provas e versões fornecidas pelas partes, devendo trazer aos autos todos os elementos, desde que obtidos por meios lícitos, de acordo com o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988, com o fim de se obter a verdade sobre a ocorrência ou não da obrigação tributária.

No mérito, o autuado discorreu, de forma sistematizada, sobre cada infração que entendeu ser passível de improcedência, conforme segue:

Infração 02 – Alegou que os autuantes se equivocaram, ao concluir que as mercadorias objeto da autuação não haviam sido exportadas, por entenderem que não sendo os destinatários enquadrados como empresas comerciais exportadoras ou *trading companys*, tais saídas não seriam beneficiadas por não-incidência do imposto, por suporem ser esta uma condição necessária para tanto.

Transcrevendo os artigos 582, § 1º, incisos I e II, 588 e 589, do RICMS/97, redargüiu que a legislação tributária estadual, na realidade, pretende que reste comprovada a efetivação da exportação das mercadorias, para que então se dê o benefício da não incidência, pois a verdadeira intenção do legislador é desonrar as operações de exportação, para que as mercadorias nacionais ganhem competitividade no mercado internacional, em relação aos preços. Para tanto, citou o art. 155, § 2º, da CF/88, transcrevendo com destaque o seu inciso X, e a alínea “a”, que tratam da não incidência do ICMS nas operações que destinam mercadorias ao exterior.

Objetivando comprovar que as mercadorias foram, de fato, exportadas, juntou às fls. 279 a 316 memorandos de exportação, registros do SISCOMEX/SISBACEN e comprovações de embarque de mercadorias exportadas, requerendo a improcedência da infração 02.

Infração 04 – Aqui, o autuado reconheceu o cometimento da infração no tocante à Nota Fiscal 17.593. Já em relação às Notas Fiscais 17.981 e 18.134, alegou ter efetuado empréstimos de matéria

prima aos destinatários das mesmas, que são contribuintes localizados neste Estado, sendo as operações acobertadas por notas fiscais sem destaque do ICMS.

Enfatizou que esse procedimento não gerou prejuízo para o Estado da Bahia, considerando que as devoluções das mercadorias, que ocorreram sempre em prazo inferior a vinte dias, também foram acobertadas por notas fiscais sem destaque do imposto, além do que as quantidades e os valores das mercadorias devolvidas coincidem com aquelas que foram emprestadas.

Com a intenção de comprovar suas alegações, juntou ao PAF às fls. 319 a 323 as cópias das notas fiscais de saída por empréstimo e as de devolução, todas sem destaque do ICMS. Observou, então, que se as mercadorias saíram e retornaram sem destaque do imposto, o sujeito passivo não se debitou nem se creditou do tributo. Assim, considerando a inexistência de dolo ou má-fé e a ausência de prejuízo para o Estado, argüiu que o procedimento poderia implicar no máximo em multa por descumprimento de caráter acessório.

Transcrevendo os artigos 651, § único e 652, do RICMS/97, alegou que a legislação procurou evitar que nas operações de devolução, os contribuintes se creditem indevidamente ou que paguem imposto que não seja devido. Amparando-se, ainda, no transrito § 2º, inciso I, do art. 155, da CF/88, argumentou que a autuação fere de forma flagrante o princípio da não-cumulatividade, desde quando não houve o uso do crédito fiscal quando do retorno das mercadorias objeto dos empréstimos. Afirmou, então, que a infração 04, no que se refere às Notas Fiscais 17.981 e 18.134, não pode ser levada adiante.

Infração 05 – Argüiu que a regra geral para as operações de saída deste Estado para São Paulo estabelece alíquota de 12%, porém no caso da autuação o que se deu foi uma exceção à regra. Explicou que tendo recebido mercadorias daquele estado, resolveu devolvê-las, por motivos diversos. Como tais mercadorias haviam entrado em seu estabelecimento com o ICMS destacado a 7%, caso em que o crédito se dá nesse montante, ao efetuar as devoluções destacou o tributo pela mesma alíquota, apesar de se tratarem de operações interestaduais destinadas a São Paulo.

Observou que tendo se creditado pela alíquota de 7% no recebimento das mercadorias, caso tributasse as saídas a 12%, estaria pagando imposto indevido ao Estado no percentual de 5% sobre o valor das mercadorias. Disse que para evitar esse pagamento a maior, o art. 651, § único, do RICMS/97, que transcreveu, prevê exatamente o procedimento adotado.

Para comprovar sua alegação, o autuado anexou às fls. 326 a 344 as cópias das notas fiscais originárias das entradas das mercadorias em seu estabelecimento, pedindo que esta infração seja julgada improcedente.

Infração 06 – Para demonstrar as razões porque efetuou os cálculos do ICMS com redução na base de cálculo, explicou que o equipamento importado se trata de uma extrusora, que se encontra enquadrada no Anexo 5 do RICMS/97, sob código NBM/SH 8477.20.000, caso em que, de acordo com dispositivos do RICMS/97, que transcreveu, as operações internas têm redução da base de cálculo, de modo que a carga tributária fique em 8,80% (art. 77, inciso I, alínea “a”) e são aplicadas às operações de importação os mesmos benefícios fiscais previstos para as operações realizadas no mercado interno (art.12).

Por entender que os cálculos realizados estão corretos, pois baseados nos termos previstos na legislação, requereu a improcedência dessa infração.

Infração 08 – Reconheceu o cometimento da infração em relação às Notas Fiscais 3.805, 4.463 e 10.510, emitidas por Elon Feliciano Lessa e 6.826 de emissão de Erhardt Leimer Indústria e Comércio. Quanto às demais notas fiscais, afirmou que a autuação não procede, conforme explicações apresentadas a seguir.

Argüiu que as notas fiscais referentes ao fornecedor A. Carnovali & Cia, dizem respeito, todas elas, ao recebimento de equipamentos para fins de teste, os quais retornaram ao remetente, conforme notas fiscais que relacionou. Ressaltou que, de acordo com o art. 651, fez constar das notas fiscais de devolução os mesmos dados constantes nas notas fiscais de origem, inclusive o valor do ICMS destacado.

Observou que a Nota fiscal 011.903, emitida por Sol Dasla Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., se referiu a devolução de equipamento que ele houvera emprestado anteriormente através da Nota Fiscal 002.572.

Já a nota fiscal de entrada, emitida por Chemson Ltda, era correspondente à matéria prima denominada “naftolub AC 100” (e não a material de uso e consumo), que foi usada em mistura com titânio, para elaboração do produto master branco.

Para corroborar suas afirmações, anexou às fls. 346 a 390 as cópias das notas fiscais objeto da autuação e das notas fiscais de saída. Pugnou pela procedência parcial desta infração, apenas no que diz respeito às Notas Fiscais 3.805, 4.463, 10.510 e 6.826.

Infração 09 – Considerando que as infrações 08 e 09 normalmente são “casadas”, como no presente caso, explicou que as argumentações apresentadas no item anterior servem como defesa também para esta infração, que de igual modo deve ser julgada parcialmente procedente.

Infração 10 – Quanto a este item da autuação, que se refere à saída de mercadorias para exportação através das Notas Fiscais 16.713 e 16.714, ressaltou que as operações não chegaram a ocorrer, isto é, as mercadorias não chegaram a sair fisicamente do seu estabelecimento, fato comprovado pela contabilidade da empresa destinatária, que indicou estar pendente de recebimento das mercadorias em questão. Anexou à fl. 467 a ficha Razão do seu cliente, El Verdugo, C. A., onde consta a situação de não recebimento das mercadorias, o que comprova que as operações de saída não se materializaram, devendo esta infração ser julgada improcedente.

Infração 11 – O autuado frisou que apesar da ausência de algumas formalidades, as vendas internas de insumos por ele produzidos encontravam-se amparadas por diferimento do ICMS, por força do Programa BAHIAPLAST – Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica e/ou da previsão contida no art. 2º, inciso III, do Dec. 6.734/97.

Argüiu que para atender um dos objetivos do BAHIAPLAST, que é o de fomentar a consolidação das empresas do setor, foi estabelecido no art. 7º, do Dec. 7.439/98, o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS devido nas saídas internas de produtos petroquímicos intermediários, desde que produzidos no próprio estabelecimento, e se destinem a contribuintes que os utilizem no processo industrial, sendo propósito do referido programa, desonerar a cadeia produtiva dentro deste Estado.

Salientou que para fruição do benefício são estabelecidos alguns parâmetros no caput do referido art. 7º, em relação ao CNAE-Fiscal – Classificação Nacional de Atividades Econômicas, porém ressaltou que não há limitação para aplicação do diferimento às atividades ali referidas, haja vista que o § 1º do mesmo artigo, estende o benefício aos produtos químicos e petroquímicos básicos, constantes de seu Anexo Único, dentre os quais destacou o produto de código NMB/SH 3206.11.19 – outros pigmentos tipo rutilo, à base de dióxido de titânio, contendo peso desta substância igual ou superior a 80%, calculado sobre a matéria seca. Transcreveu o art. 2º, inciso III, alínea “a”, do Dec. 6.734/97, alegando que o mesmo assegura o diferimento nas operações internas com insumos e embalagens.

Objetivando comprovar que as vendas efetuadas para os seus clientes encontravam-se amparadas pelo Programa BAHIAPLAST e/ou pelo art. 2º, III, “a”, do Dec. 6.734/97, abordou sobre a situação específica de cada uma das empresas adquirentes dos produtos objeto da autuação.

Termoplast Embalagens Ltda – O Certificado 003.050.000-1 a habilita para aquisição de produtos petroquímicos intermediários e a Resolução 9/99 a habilita à aquisição de polietileno de alta densidade, baixa densidade e polietileno linear de baixa densidade, com diferimento do ICMS, enquanto que o produto adquirido é polietileno composto.

Cata Nordeste S/A – Enquanto o Certificado 003.062.000-7 a habilita para aquisição de produtos petroquímicos intermediários, a Resolução 39/99 a habilita para aquisição de resinas termoplásticas com diferimento, adquirindo o produto polietileno composto.

Sol Dasla Ind. e Com. de Plásticos Ltda – O Certificado 003.044.000-9 a habilita nas aquisições de produtos petroquímicos intermediários e a Resolução 12/99 se refere às aquisições de polietileno de alta e baixa densidade, comprando o produto polietileno composto e dióxido de titânio.

Proplast Embalagens Plásticas Ltda – O Certificado 003.032.000-3 a habilita para aquisição de produtos petroquímicos intermediários e a Resolução 20/99 a habilita para aquisição de polietileno de alta e baixa densidade, sendo adquirido o produto polietileno composto.

Tcnoval Nordeste Ind. e Com. de Plásticos Ltda – A Resolução 16/01 a habilita para compra de polietileno de baixa densidade linear, adquirindo polietileno composto.

Artdur Produtos Químicos Ltda – O Certificado 003.691.000-7 a habilita nas compras de insumos e matérias primas, adquirindo filme impresso e película de polietileno tubular.

Conteflex do Nordeste Ltda – O Certificado 004.465.000-0 a habilita para matéria prima e composto para industrialização de artefatos de malharia e a Resolução 15/04 a habilita para insumos e embalagens, enquanto adquire película de polietileno tubular e saco linear.

Minuano Nordeste S/A – O certificado 3305000-7 a habilita nas aquisições de embalagens, adquirindo saco liso impresso, além de películas de polietileno impresso, de polietileno tubular e de polietileno lona preta.

ML do Nordeste Ltda – O Certificado 386500.0-2003.691.000-7 a habilita para produtos de informática, elétricos e eletrônicos, comprando película de polietileno stretch.

Sansuy S/A Ind. de Plásticos – O Certificado 460.000.0-3 a habilita para compra de insumos e matérias primas, a indústria de fiação, fabricação e tecelagem, enquanto a Resolução 35/2001 a habilita para insumos e embalagens. Adquire películas de polietileno stretch, polietileno contrátil e polietileno tubular.

Brespel Cia. Industrial Brasil Espanha – O Certificado 003.530.000-0 a habilita para aquisição de embalagens, comprando do autuado o produto lona preta.

Sol Embalagens Plásticas Ltda – O Certificado 003.204.000-8 a habilita para produtos petroquímicos intermediários e a Resolução 15/99 para polietileno. Compra dióxido de titânio, polietileno de baixa densidade e polietileno composto.

Anexou a documentação para respaldar suas alegações às fls. 425 a 465, afirmando restar comprovada a improcedência desta infração.

Infração 12 – Rebateu este item da autuação, que se refere à falta de retenção e recolhimento do imposto relativo a prestações sucessivas de serviço de transporte, argumentando ter cumprido a obrigação principal, conforme documentos que acostou às fls. 392 a 417, relativos às empresas Expresso Modal Transportes e Queiroz Transporte e Rep. Ltda, entendendo que a infração deve ser julgada improcedente.

Infração 13 – Em relação a este item da autuação, que trata do cancelamento irregular de notas fiscais, o autuado acatou a exigência fiscal referente às Notas Fiscais 7.475 e 15.907.

Insurgiu-se, entretanto, quanto à cobrança relativa às Notas Fiscais 16.587 e 18.153. Em relação à primeira, explicou que o formulário contínuo foi rasurado quando da sua impressão, sendo cancelado, fazendo com que a Nota Fiscal 16.587 fosse emitida com a utilização do formulário de número 16.588. Argüiu que o fato de que, por engano, o canhoto corretamente assinado pelo cliente, atestando o recebimento das mercadorias, foi arquivado indevidamente no formulário 16.587, que se encontrava cancelado, o que gerou a idéia equivocada de ter ocorrido cancelamento irregular da nota fiscal.

Quanto à Nota Fiscal 18.153, disse que a mesma fora entregue ao transportador, porém posteriormente o motorista do caminhão informou que a nota tinha sido extraviada, retornando as seu estabelecimento, para que fosse providenciada nova nota fiscal, tendo sido emitida a Nota Fiscal 18.176, contendo os mesmos dados daquela que fora extraviada. Afirmou ter comunicado o fato à SEFAZ, através do Processo 200755/2005-2.

Acostou documentos às fls. 419 a 423, visando comprovar os fatos alegados, requerendo que esta infração seja julgada procedente em parte, excluindo-se do demonstrativo as Notas Fiscais 16.587 e 18.153.

Ao final, pleiteou pela decretação da procedência parcial do Auto de Infração, conforme exposto em sua impugnação, para que se evite um futuro prejuízo para o Estado, que terá que arcar com o ônus da sucumbência na esfera judicial, ante a previsível sentença favorável às suas pretensões. Requereu, ainda, pelo direito de provar o quanto alegado, inclusive por meio de diligências fiscais.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 469 a 474, analisando as argumentações defensivas referentes a cada uma das infrações impugnadas.

Infração 02 – Alegaram que os documentos acostados pela defesa apenas confirmam o cometimento da infração, desde quando servem para ratificar que a exportação fora efetuada pela empresa Usina Central Olho D’Água S/A. Que as operações realizadas tinham sido de venda interestadual de mercadoria tributada para a referida empresa e, portanto, deveria ter sido tributada a 12%, não havendo nada a alterar.

Infração 04 – Disseram que o autuado reconhecia ter procedido sem atenção à legislação vigente, sugerindo inclusive a cobrança de multa pela infração, alegando, no entanto, não ter havido prejuízo para o Estado da Bahia. Manifestaram o entendimento de que se constitui em dever dos contribuintes cumprir as normas regulamentares do ICMS, sendo no caso exigido o imposto devido em operações de empréstimo, que são tributáveis. Nada viram a alterar neste item da autuação.

Infração 05 – Aduziram ter anexado à fl. 78 dos autos, resposta de consulta sobre a matéria em questão, que orienta a respeito da aplicação do art. 50, inciso II, do RICMS/97, isto é, que para o caso deve-se aplicar a alíquota de 12%, não restando nenhuma alteração a ser feita.

Infração 06 – Apesar do autuado ter baseado sua defesa no art. 12 do RICMS/97, que dispensa às operações de importação o mesmo tratamento previsto para as aquisições internas, que no caso se refere à redução da base de cálculo, esse mesmo dispositivo prevê a existência de acordo entre o Brasil e o país de origem da mercadoria, no caso os Estados Unidos, condição não comprovada pelo sujeito passivo. Assim, mantiveram a autuação.

Infração 08 – A defesa reconheceu ter utilizado indevidamente o crédito fiscal no valor de R\$ 451,00, relativo às Notas Fiscais 3.805, 4.463, 10.510 e 6.826. Argüiram que tendo sido intimado a respeito antes da lavratura do Auto de Infração, o autuado não se manifestara. Entretanto, diante das provas anexadas à defesa, reconheceram a licitude da utilização dos créditos de R\$ 25.310,81, que foram deduzidos no novo demonstrativo elaborado.

Infração 09 – Tendo sido confirmada a utilização indevida do crédito fiscal relativo à Nota Fiscal 6.826, torna-se devida a diferença de alíquota, por se tratar de material de uso e consumo, adquirido em outra unidade da Federação, alterando o valor da autuação para R\$ 270,00, correspondente à nota fiscal acima citada, conforme novo demonstrativo.

Infração 10 – Asseveraram que a documentação utilizada pela defesa, visando comprovar que as mercadorias não haviam sido recebidas pelo destinatário no exterior, serviram apenas para ratificar a autuação. Não havendo comprovação, através da Declaração de Exportação, da saída das mercadorias do território nacional, fica caracterizada a infração, sendo exigível o ICMS cobrado.

Infração 11 – Frisaram que as Resoluções do BAHIAPLAST e os Certificados de Habilitação ao Diferimento de algumas empresas, juntados pelo autuado não bastaram para justificar o seu equívoco de não destacar o ICMS devido nas operações.

Observaram que para fruição do benefício do Programa BAHIAPLAST, há a exigência de que o mesmo esteja de acordo com a resolução própria, emitida pelo Conselho Deliberativo do BAHIAPLAST, de forma específica para cada empresa beneficiada. Ressaltaram não haver possibilidade de interpretação da resolução por parte dos contribuintes, pois vale o que está explicitado no documento hábil para utilização do benefício. Mantiveram a autuação.

Infração 12 – Tendo o autuado anexado documentação referente às empresas Expresso Modal e Queiroz Transportes, explicaram haver acatado os documentos pertinentes à primeira, considerando os recolhimentos do ICMS realizados, sendo que o sujeito passivo utilizara os créditos correspondentes, nos meses de janeiro e fevereiro de 2005, o que possibilitou a redução do montante do débito em R\$ 3.991,75.

Não acataram os documentos pertinentes à segunda empresa, desde quando não foi comprovado o pagamento do imposto pela prestadora dos serviços. Enfatizaram que o livro RAICMS apresenta saldo credor, fato inexplicável, haja vista que o prestador de serviço não se utiliza de crédito e se optou por crédito presumido de 20%, isso deveria constar nos documentos fiscais que emite. Salientaram que, entretanto, como a legislação atribuiu ao tomador do serviço a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas prestações sucessivas de transporte, estando este sob ação fiscal, a alternativa viável seria exigir dele os valores devidos.

O débito foi reduzido para R\$ 36.095,45, tendo sido deduzido do mês de janeiro de 2005 o valor de R\$ 2.026,00 e do mês de fevereiro do mesmo exercício a importância de R\$ 1.965,75.

Infração 13 – Não concordaram com as alegações defensivas quanto a erros de procedimento, problemas com motorista, extravio de documento fiscal, emissão de outro documento em substituição, etc. Argüiram que o canhoto foi assinado, como tendo sido entregue a mercadoria, e que não se pode cancelar documento fiscal sem atender as disposições da legislação. Disseram não terem aceito as explicações verbais prestadas durante a ação fiscal, assim como não pode aceitá-las agora, na defesa, por estarem destituídas de provas. Mantiveram a autuação.

Observaram que, diante da comprovação documental, revisaram alguns itens da autuação, conforme descrito acima, passando o débito total para o valor de R\$ 693.817,54.

Tendo sido cientificado quando ao teor da informação fiscal, o autuado apresentou nova manifestação às fls. 482 a 493, ratificando tudo quanto afirmado na peça defensiva, se pronunciando a respeito de cada item da autuação.

Infração 02 – Afirmou ter comprovado a efetiva exportação das mercadorias objeto da autuação, o que demonstra a improcedência da autuação. Transcreveu mais uma vez o § 2º, X, "a", do art. 155, da CF/88. Lembrou ter juntado na impugnação os documentos comprobatórios da exportação. Alegou, ainda, que essa comprovação sequer foi contestada pelos autuantes, devendo se aplicar

ao caso os transcritos artigos 40 e 42 do RPAF/99, que estabelecem que a recusa de qualquer parte em contestar fatos alegados pela outra parte, importa em admissão dos fatos como verídicos. Disse que a infração é improcedente.

Infração 04 – Asseverou que na impugnação reconhecia o cometimento da infração, apenas em relação à Nota Fiscal 17.593, não tendo reconhecido a autuação quanto às Notas Fiscais 17.981 e 18.134, como deixaram transparecer os autuantes. Observou que da mesma forma que os autuantes argüiram ser prejudicial ao Estado quando os contribuintes deixam de observar regras de caráter acessório, estes também têm prejuízos quando são indevidamente autuados.

Infração 05 – Argüiu ter devolvido as mercadorias objeto desta infração com a alíquota de 7%, pelo simples fato de tê-las recebido com essa alíquota e que tendo se creditado do imposto com base naquela alíquota, não poderia pagar imposto em percentual superior.

Infração 06 – O autuado alegou que a manutenção da autuação pode resultar na supressão da eficácia da legislação estadual. Disse ter tão somente se beneficiado de uma regra lícita constante do próprio RICMS/97.

Infrações 08 e 09 – Aduziu que os autuantes acolheram as alegações defensivas, reduzindo o montante do débito respectivamente para R\$ 451,00 e R\$ 270,00, devendo estes itens ser julgados parcialmente procedentes.

Infração 10 – Argumentou que não tendo se materializado as operações de saída das mercadorias para o exterior, a infração é improcedente.

Infração 11 – Asseverou ter comprovado na impugnação que as operações objeto da autuação encontravam-se amparadas pelo regime do diferimento do imposto, acrescentando que os próprios autuantes haviam afirmado na informação fiscal que “*Todo o arrazoado apresentado pela defesa faz sentido*”. Afirmou que a infração é improcedente.

Infração 12 – Os autuantes concordaram com a documentação relativa à empresa Expresso Modal. Argüiu que os documentos referentes à empresa Queiroz Transportes também comprovam ser indevido o imposto exigido, nada havendo de irregular no fato de uma empresa manter saldo credor de ICMS num determinado mês e, em decorrência disso, não ser obrigada a recolher o imposto no período. Disse que essa infração não pode ser levada adiante.

Infração 13 – O sujeito passivo afirmou que diante da força do princípio da verdade material, não podem os autuantes afirmarem que suas alegações são destituídas de prova.

Requereu, ao final, a decretação da procedência parcial do Auto de Infração e pleiteou pelo direito de provar tudo quanto foi alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive através de diligências fiscais.

Considerando constar na autuação que a infração 11 se refere à saída de mercadorias com o benefício do diferimento, com destino a contribuintes não autorizados a adquirir mercadorias do estabelecimento autuado, nessa condição, bem como destinadas a contribuintes sem direito ao referido instituto em relação às mercadorias adquiridas, em pauta suplementar (fl. 498) esta 1ª JJF deliberou que o processo fosse encaminhado à **IFEP INDÚSTRIA**, para que os autuantes informassem em relação a essa infração, dentre os produtos vendidos com diferimento, quais são fabricados pelo autuado e em relação aos produtos por ele fabricados, quais os adquirentes que estão habilitados para aquisição diretamente ao sujeito passivo, apresentando os esclarecimentos pertinentes. Caso ocorresse modificação na apuração do lançamento, os autuantes deveriam elaborar novo demonstrativo correspondente à infração motivo da diligência.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado, cópia do Termo de Diligência, das respostas apresentados, além do novo demonstrativo elaborado pelos autuantes, se houvesse. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado da concessão do prazo de 10 (dez) dias,

para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência aos autuantes.

Através de adendo constante à fl. 503, o autuado anexou ao PAF as cópias autenticadas das Notas Fiscais 016.713 e 016.714 (fls. 504/505), visando comprovar que as operações de venda para o exterior, objeto da infração 10, não haviam sido concretizadas.

Em atendimento à diligência, os autuantes prestaram os esclarecimentos requeridos (fls. 509/510), conforme segue.

1 – Dentre as mercadorias vendidas com diferimento e descritas no demonstrativo de fls. 176 a 182, apenas o dióxido de titânio e o polietileno BD (baixa densidade) não são fabricados pelo autuado, sendo o primeiro produto adquirido, principalmente, junto à Millenium Inorganics Chemicals; já o polietileno é adquirido na empresa Politeno e de diversos fornecedores estabelecidos no Estado de São Paulo, sobretudo na Polietilenos União. As demais mercadorias (sacos, filmes, lona e película de polietileno) são fabricadas pelo autuado.

2 – Salientaram que sendo a atividade econômica do autuado a “fabricação de artefatos de plásticos para outros usos” – código CNAE 2529-1/99, os adquirentes não se encontravam habilitados para adquirir diretamente do sujeito passivo, os produtos por ele fabricados, uma vez que as resoluções anexas às fls. 188 a 206 comprovam que os adquirentes não estavam autorizados a adquirir os produtos com diferimento, em decorrência das seguintes situações:

- Há empresas beneficiadas pelo BAHIAPLAST e que poderiam adquirir mercadorias com diferimento de fornecedores com CNAE 2341-7/00, 2531-7/00, 2429-5/00 e 2442-2/00, todos estes diferentes do CNAE do autuado, não estando, deste modo, habilitadas para adquirir produtos com diferimento diretamente do sujeito passivo;
- Há empresas beneficiadas pelo DESENVOLVE, cujo diferimento se aplica apenas nas aquisições do exterior, a exemplo da Companhia Valença Industrial (fl. 194);
- Há empresas beneficiárias do PROBAHIA, como é o caso da Minuano Nordeste S/A, da Artedur Produtos Químicos Ltda., da Sadesa Brasil Indústria e Comércio de Couros Ltda. e da Brespel Cia. Industrial Brasil Espanha, que não possuem o benefício da aquisição com diferimento, pois o benefício concedido, nesses casos, diz respeito ao crédito presumido nas saídas das mercadorias por elas próprias fabricadas.

Cientificado quanto ao teor dos esclarecimentos prestados pelos autuantes, o sujeito passivo não se manifestou.

VOTO

A princípio, afasto as alegações defensivas que dizem respeito à desobediência aos princípios da verdade material e da imparcialidade, considerando que no caso da lide as infrações estão todas devidamente previstas no RICMS/97, aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei 7.014/96, que fundamenta esse imposto. Ademais, foram elaborados e acostados ao processo, os demonstrativos de débitos para determinação do *quantum* devido referente a cada infração, com identificação dos respectivos documentos de origem, correspondentes aos períodos de ocorrência dos fatos geradores que foram objeto deste lançamento. Além do que, o sujeito passivo recebeu cópias dos referidos demonstrativos e exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação, evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

No mérito, analisando as peças que compõem o presente PAF, verifico que os autuantes imputaram ao sujeito passivo 13 (treze) irregularidades. Observo que o sujeito passivo não impugnou os itens 01, 03 e 07 da autuação, o que caracteriza ter reconhecido tacitamente as irregularidades apuradas na ação fiscal. Vejo que os procedimentos fiscais, nesses casos, foram

realizados atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta. Assim, ficam mantidas as infrações 01, 03 e 07.

Por questões de método, analisarei as demais infrações, na mesma seqüência abordada pela defesa.

A infração 02 refere-se a saídas de mercadorias indevidamente equiparadas a exportação, para destinatários não enquadrados como empresas comerciais exportadoras ou *trading companys*. Verifico que as operações objeto da autuação se referiram à comercialização de embalagens para duas empresas comerciais estabelecidas no Estado de Pernambuco. Noto que o sujeito passivo acostou aos autos documentação correspondente a exportações do produto açúcar, realizadas pela empresa Usina Central Olho D'Água. Observo, entretanto, que tais documentos não versam em nenhum momento, sobre uma possível relação do autuado com essas exportações, à exceção dos memorandos emitidos pela empresa exportadora. Não se vislumbra nos autos, deste modo, que o Estado da Bahia tenha se beneficiado da parcela correspondente à fração da exportação que teria se originado neste Estado, o que caracterizaria a efetivação da exportação indireta. Ressalto, inclusive, que reforçando o meu entendimento, não foram acostados aos autos as cópias das notas fiscais referentes à exportação, nas quais deveriam constar os dados correspondentes às notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo destinadas à alegada exportação indireta, restando desatendido, deste modo, o disposto na Cláusula Terceira do Conv. ICMS 113/96, que transcrevo a seguir:

“Cláusula terceira. O estabelecimento destinatário, ao emitir Nota Fiscal com a qual a mercadoria será remetida para o exterior, fará constar, no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” a série, o número e a data de cada Nota Fiscal emitida pelo estabelecimento remetente.”

Já em relação ao outro adquirente de seus produtos, Usivale Indústria e Comércio Ltda., sequer constam documentos com pertinência ao quanto alegado.

Descarto a pretensão do sujeito passivo, de se aplicar ao caso a admissão dos fatos apresentados na defesa como definitivos, considerando que os autuantes contestaram os argumentos defensivos, afirmando que as operações concernentes à infração se referiam a saídas interestaduais de mercadorias. Desta forma, fica mantida esta infração.

A infração 04 se refere à prática de operações tributáveis, regularmente escrituradas, sem recolhimento do imposto, sendo, no caso operações de empréstimo comercial. Ressalto que o ICMS incide sobre as operações de circulação de mercadorias, não importando se a título gratuito ou oneroso, sendo tais operações regularmente tributadas. A acusação se refere ao fato do autuado ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, dando saída às mercadorias a título de empréstimo. Descarto as alegações do autuado, que com base nos artigos 651 e 652 do RICMS/97, aventou a possibilidade desta exigência ferir o princípio da não-cumulatividade, haja vista que esses dispositivos se referem tão somente às devoluções de mercadorias anteriormente recebidas. No caso da lide, o lançamento se referiu a saídas relativas a empréstimos, caso em que as operações são tributadas.

Considerando que, ao teor do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, entendo que a infração é subsistente.

No caso da infração 05, houve recolhimento a menos do ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível, nas saídas interestaduais de mercadorias regularmente escrituradas, recebidas a título de empréstimo. O sujeito passivo, valendo-se novamente do art. 651 do RICMS/97, argüiu não poder recolher imposto em percentual superior àquele destacado nas notas fiscais de entrada. Observo, entretanto, que com base no art. 50, inciso II, desse Regulamento, nas saídas

interessaduais de mercadorias deste Estado, a alíquota a ser aplicada é a de 12%, sendo que no presente caso não importa se as operações se referem a devoluções de mercadorias recebidas em empréstimo, já que no caso da lide as mercadorias em questão se tratam de produtos fungíveis, o que significa dizer que a devolução corresponde a outras mercadorias da mesma espécie, não sendo, portanto, as mesmas recebidas pelo autuado. Assim, esta infração restou procedente.

A infração 06 se refere ao recolhimento a menos do ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior. O autuado alegou ter efetuado os cálculos do ICMS com redução na base de cálculo, utilizando-se dos benefícios fiscais previstos para as operações realizadas no mercado interno, extensivas às operações de importação. Já os autuantes alegaram que o mesmo dispositivo que prevê a redução da base de cálculo, estabelece a necessidade de existência de acordo entre o Brasil e o país de origem da mercadoria, condição que não teria sido comprovada pelo sujeito passivo.

Verifico, entretanto, que todas as condições necessárias à utilização da redução da base de cálculo estão presentes no caso da lide, desde quando o equipamento importado está arrolado no Anexo 5 do RICMS/97, sob código NBM/SH 8477.20.000, o que possibilita que a carga tributária nas operações internas fique em 8,80%, conforme art. 77 do RICMS/BA; por outro lado, o Brasil e os Estados Unidos, país de origem do equipamento importado, são signatários do Acordo OMC, antigo GATT, o que torna satisfeitas as exigências contidas no art. 12 do RICMS/97, estando, deste modo, assegurada a equiparação da importação às operações internas. Desta forma, considerando a redução da base de cálculo aplicável, o ICMS devido pela operação de importação do equipamento é de R\$ 52.592,37. Como fora recolhido o imposto no valor de R\$ 46.456,84, resta devida a diferença de R\$ 6.135,53, ficando mantida parcialmente esta infração nesse valor.

As infrações 08 e 09 correspondem, respectivamente, à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS e à falta de recolhimento da diferença de alíquota, relativas à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. O autuado concordou com a exigência fiscal relativa às Notas Fiscais 3.805, 4.463 e 10.510, emitidas por Elon Feliciano Lessa e 6.826 de emissão de Erhardt Leimer Indústria e Comércio, apresentando justificativas referentes às demais notas fiscais objeto da autuação. Os autuantes aceitaram os argumentos defensivos, elaborando novos demonstrativos, tendo o débito referente à infração 08 sido reduzido para R\$ 451,00, enquanto que para a infração 09 restou um débito no montante de R\$ 270,00. Concordo com as alterações processadas pelos autuantes, desde quando o sujeito passivo comprovou a regularidade das demais notas fiscais arroladas na autuação, pelo que estas duas infrações restaram parcialmente procedentes, nos valores de R\$ 451,00 (infração 08) e R\$ 270,00 (infração 09), de acordo com o quadro abaixo:

MÊS/ANO	N. FISCAL	CRÉD. INDEVIDO (Infração 08)	DIF. de ALÍQUOTA (Infração 09)
09/2002	3.805	129,74	-
Total 09/2002		129,74	-
11/2002	4.463	55,76	-
Total 11/02		55,76	
04/2003	6.826	189,00	270,00
Total 04/2003		189,00	270,00
11/2004	10.510	76,50	-
Total 11/2004		76,50	-
TOTAL GERAL		451,00	270,00

A infração 10 foi baseada na falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias cuja natureza da operação era exportação, em relação às quais não fora comprovada a efetiva saída do país, através de Guias ou Registros de Exportação. Neste caso, o autuado alegou que as mercadorias não chegaram a sair fisicamente do seu estabelecimento, fato que teria sido comprovado pela empresa destinatária, ao informar a situação de pendência de recebimento das mercadorias e pela apresentação posterior de cópias autênticas das notas fiscais de saída.

Neste caso, analisando as cópias das Notas Fiscais 16.713 e 16.714, vejo que as saídas ocorreram amparadas por não-incidência do ICMS, por se referirem a operações de exportação. Nessa situação, não se efetivando as citadas operações, para que ficasse comprovado que as mercadorias haviam retornado ao seu estabelecimento no prazo de 180 dias, contados a partir da saída dos produtos, conforme estabelecido no art. 591, inciso I, alínea “b”, do RICMS/97, se fazia necessária a correspondente emissão de notas fiscais de entrada, bem como cópias dos conhecimentos de transporte de saída e de retorno das mercadorias, para ficar comprovado o ingresso das mercadorias ao seu estabelecimento, sendo que, nesse caso, não seria exigido o pagamento do imposto, de acordo com o § 3º do mesmo dispositivo regulamentar. Para corroborar sua alegação, o autuado poderia, além disso, ter também anexado o comprovante de desfazimento do contrato do serviço de transporte junto com o transportador indicado nas referidas notas fiscais. Não existindo nos autos a comprovação da adoção desse procedimento, entendo restar comprovada a prática da irregularidade, ficando caracterizada a saída das mercadorias para o mercado interno, pelo que considero a infração procedente.

A infração 11 se referiu à falta de recolhimento do ICMS, em decorrência de saídas internas de mercadorias com diferimento, para contribuintes não autorizados a adquirir mercadorias do sujeito passivo nessa condição. O autuado argüiu que as operações se referiam a vendas internas de insumos por ele produzidos, que encontravam-se amparadas por diferimento do ICMS, por força do Programa BAHIAPLAST e/ou da previsão contida no art. 2º, inciso III, do Dec. 6.734/97, transcrevendo os dados referentes às habilitações ao citado programa e aos certificados de crédito das empresas adquirentes desses produtos, citando os produtos adquiridos por cada um de seus clientes.

Os autuantes, por sua vez, frisaram que as Resoluções do BAHIAPLAST e os Certificados de Habilitação ao Diferimento juntados pelo autuado não justificavam a falta de destaque do ICMS devido nas operações, considerando que para fruição do benefício do Programa BAHIAPLAST, há a exigência de que o mesmo esteja de acordo com a resolução própria, emitida pelo Conselho Deliberativo do citado programa, de forma específica para cada empresa beneficiada.

Saliento que para um melhor deslinde desta questão, esta 1ª JJF deliberou pela realização de diligência, a fim de que os autuantes apresentassem esclarecimentos a respeito dos produtos objeto da autuação, informando se os mesmos eram fabricados pelo próprio autuado e se os seus destinatários tinham habilitação para adquirir tais mercadorias do próprio sujeito passivo, devendo ser cientificado o autuado quanto à diligência e ao seu resultado, sendo-lhe concedido prazo de 10 (dez) dias para se manifestar.

Ressalto que uma análise do art. 7º do Dec. 7.439/98, que instituiu o Programa BAHIAPLAST e que transcrevo abaixo, me leva a concluir não assistir razão ao autuado ao pretender utilizar-se desse dispositivo legal, para justificar a aplicação do diferimento nas saídas dos produtos objeto desta exigência tributária. Em primeiro lugar, a utilização do referido instituto somente pode ser realizada por contribuinte cuja atividade econômica esteja elencada no citado artigo. Vejo que o CNAE-Fiscal do sujeito passivo (2529-1/99) não encontra-se ali relacionado. Em segundo lugar, mesmo que a atividade por ele desenvolvida estivesse contemplada naquela relação, o impugnante somente poderia aplicar o diferimento às mercadorias por ele produzidas.

“Art. 7º Ficam diferidos o lançamento e o pagamento do ICMS devido nas saídas internas de produtos petroquímicos intermediários, de estabelecimentos onde sejam exercidas atividades enquadradas na Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal (CNAE-FISCAL) sob os códigos a seguir indicados, desde que produzidos nesses estabelecimentos, com destino a contribuintes que os utilizem no processo de industrialização, para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes do seu processamento ou industrialização:

- I - 2421-0/00 fabricação de produtos petroquímicos básicos;*
- II - 2422-8/00 fabricação de intermediários para resinas e fibras;*
- III - 2429-5/00 fabricação de outros produtos químicos orgânicos;*
- IV - 2431-7/00 fabricação de resinas termoplásticas;*
- V - 2432-5/00 fabricação de resinas termofixas;*
- VI - 2433-3/00 fabricação de elastômeros;*
- VII - 2441-4/00 fabricação de fibras, fios, cabos e filamentos contínuos artificiais;*
- VIII - 2442-2/00 fabricação de fibras, fios, cabos e filamentos contínuos sintéticos.”*

Entendo ser conclusiva a análise acima para fins de descaracterizar a aplicação do diferimento nas saídas promovidas pelo autuado para a maioria das empresas adquirentes de seus produtos. Analisando as peças processuais, observo que as empresas destinatárias dos produtos fazem jus a diversos benefícios, porém não se encontram habilitadas para adquirirem diretamente do autuado, as mercadorias por ele produzidas, conforme resumo que faço em seguida:

O Programa BAHIAPLAST concede benefícios que se referem a crédito presumido nas saídas e diferimento nas aquisições de produtos fornecidos por empresas cujo CNAE-Fiscal não coincide com aquele do autuado, a exemplo das empresas Termoplast Embalagens Ltda., Cata Nordeste S/A, Sol Dasla Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., Proplast Embalagens Plásticas Ltda., Tecnoval Nordeste Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., Sansuy S/A Indústria de Plásticos e Sol Embalagens Plásticas Ltda.

O Programa PROBAHIA concede crédito presumido nas saídas das mercadorias de fabricação própria às empresas Minuano Nordeste S/A, Artedur Produtos Químicos Ltda. e Brespel Cia. Industrial Brasil Espanha.

Quanto à empresa M L do Nordeste Ltda., não vislumbrei nos autos que esse contribuinte tivesse nenhum benefício para que fizesse jus ao diferimento nas aquisições dos produtos objeto desta infração.

Não obstante os resultados acima apontados, ressalvo que as empresas Conteflex do Nordeste Ltda. e Sansuy S/A Indústria de Plásticos, estão devidamente amparadas pelo Programa DESENVOLVE, que lhes assegura o diferimento nas aquisições de insumos e embalagens, nos termos dos artigos 2º, inciso III, alínea “a” e 3º do Dec. 6.734/97. Neste caso, excluo da exigência fiscal os valores correspondentes às operações de aquisição promovidas por estas duas empresas, e mantendo o lançamento referente às saídas dos produtos destinadas aos outros contribuintes. Assim, esta infração restou parcialmente procedente, no valor de R\$ 442.328,57, conforme planilha abaixo.

OCORRÊNCIA	DÉBITO JULGADO	OCORRÊNCIA	DÉBITO JULGADO
01/2002	R\$ 21.160,39	09/2003	R\$ 32.109,57
02/2002	R\$ 32.343,01	10/2003	R\$ 10.425,30

03/2002	R\$ 22.040,35	02/2004	R\$ 1.310,64
04/2002	R\$ 4.053,89	03/2004	R\$ 1.890,38
05/2002	R\$ 5.373,95	04/2004	R\$ 1.126,30
06/2002	R\$ 202,77	05/2004	R\$ 1.150,27
07/2002	R\$ 8.997,20	06/2004	R\$ 1.385,44
08/2002	R\$ 22.757,98	07/2004	R\$ 2.013,42
09/2002	R\$ 40.021,94	10/2004	R\$ 1.039,50
10/2002	R\$ 8.892,48	11/2004	R\$ 2.337,40
12/2002	R\$ 5.288,95	01/2005	R\$ 14.183,07
01/2003	R\$ 3.069,73	02/2005	R\$ 19.035,87
02/2003	R\$ 73.349,88	03/2005	R\$ 4.842,05
03/2003	R\$ 1.858,73	04/2005	R\$ 11.674,13
04/2003	R\$ 3.283,77	05/2005	R\$ 12.377,95
05/2003	R\$ 6.472,29	06/2005	R\$ 15.595,18
06/2003	R\$ 7.307,39	07/2005	R\$ 6.247,36
07/2003	R\$ 4.981,72	08/2005	R\$ 14.370,49
08/2003	R\$ 17.757,83	TOTAL GERAL	R\$ 442.328,57

A infração 12 decorreu da falta de retenção e recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativa a prestações sucessivas de serviços de transporte interestadual e intermunicipal. O autuado juntou documentação referente às empresas Expresso Modal Transportes e Queiroz Transporte e Rep. Ltda, tendo os autuantes, de forma acertada, acatado os documentos relativos à primeira, considerandoa ter sido comprovado o recolhimento do ICMS respectivo. Com isso, foi excluído o débito no valor de R\$ 2.026,00 referente ao mês de janeiro de 2005 e de R\$ 1.965,75 relativo ao mês de fevereiro desse exercício, o que propiciou que o débito dessa infração fosse reduzido em R\$ 3.991,75. Desta forma, a infração 12 é parcialmente procedente no valor de R\$ 36.095,45.

A infração 13 foi motivada pela constatação de circulação de mercadorias relativas a quatro notas fiscais irregularmente canceladas. Vejo que o sujeito passivo acatou a exigência fiscal referente a dois documentos fiscais, porém se insurgiu contra a cobrança relativa às outras duas notas fiscais. Disse que o problema com a Nota Fiscal 16.587 decorreria do fato do formulário contínuo da mesma numeração ter sido rasurado, sendo cancelado, fazendo com que a Nota Fiscal 16.587 fosse emitida com a utilização do formulário da numeração seguinte e que, além disso, por engano, o canhoto corretamente assinado pelo cliente, atestando o recebimento das mercadorias, fora arquivado indevidamente no formulário 16.587, o que gerou a idéia equivocada de ter ocorrido cancelamento irregular da nota fiscal.

Já a justificativa para a Nota Fiscal 18.153, foi que o motorista do caminhão transportador das mercadorias a teria extraviado, tendo sido emitida a Nota fiscal 18.176, contendo os mesmos dados daquela que fora extraviada, conforme comunicado à SEFAZ, através do Processo 200755/2005-2.

Observo que nos casos dessas duas notas fiscais as explicações apresentadas pelo autuado não bastam para elidir a acusação fiscal, principalmente pelo fato de que em nenhum momento foi abordada a questão referente aos conhecimentos de transporte utilizados nas duas oportunidades. Ao substituir as notas fiscais originalmente preenchidas, o sujeito passivo necessariamente deveria ter solicitado dos transportadores (respectivamente Expresso Modal Ltda e Enen Transportes Ltda), que substituíssem os conhecimentos de transporte originalmente emitidos, para que fossem alterados os dados correspondentes às notas fiscais.

Ademais, no que se a Nota Fiscal 16.587, cancelada devido à rasura no formulário contínuo, não se justifica a existência de assinatura do destinatário no canhoto do mesmo, já que não foi ele o transportador das mercadorias. Quanto à Nota Fiscal 18.153, verifico que enquanto a mesma fora emitida em 13/07/2005, o comunicado à SEFAZ somente foi registrado em 10/11/2005. Desta forma, esta infração fica mantida integralmente.

Assim, restam caracterizadas as infrações 01 a 05, 07, 10 e 13; já as infrações 06, 08, 09, 11 e 12 são mantidas parcialmente, tudo de acordo com o quadro que apresento abaixo.

INFRAÇÃO	DÉBITO JULGADO
01	R\$ 2.735,42
02	R\$ 47.336,69
03	R\$ 604,76
04	R\$ 14.291,26
05	R\$ 6.820,68
06	R\$ 6.135,53
07	R\$ 3.908,14
08	R\$ 451,00
09	R\$ 270,00
10	R\$ 39.208,99
11	R\$ 442.328,57
12	R\$ 36.095,45
13	R\$ 4.651,70
TOTAL	R\$ 604.838,19

Não acolho a solicitação para apresentação posterior de novas provas, considerando que o autuado teve oportunidade e já apresentou documentos em sua impugnação e com base no art. 147 do RPAF/99, desde quando os elementos de provas anexados aos autos são suficientes ao meu convencimento e decisão da lide.

Face ao exposto, 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 206918.0001/06-8, lavrado contra **NORPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 604.838,19**, sendo R\$ 157.857,92 acrescido da multa de 60%, prevista nos inciso II, alíneas “a” “e” e “f” e VII, alínea “a” do art. 42, da Lei nº 7.014/96, R\$ 442.328,57 acrescido da multa de 50%, e R\$ 4.651,70 acrescido da multa de 70%, previstas respectivamente nos inciso I, alínea “a” e III, do artigo e Lei acima referidos, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR