

A. I. Nº - 108595.0004/06-0
AUTUADO - BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CÉLIA RICCIO FRANCO
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 02.02.2007

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0007-01/07

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. APURAÇÃO COM BASE NA RECONSTITUIÇÃO DA CONTA CORRENTE FISCAL Restou comprovado que parte do valor autuado já tinha sido objeto de outro lançamento de ofício, bem como o direito do contribuinte em utilizar o incentivo BAHIAPLAST. Reduzido o valor exigido. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/08/06, exige ICMS no valor de R\$194.205,84, acrescido da multa de 50%, em razão da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a maio de 2004, janeiro a novembro de 2005 e junho de 2006. Consta que o contribuinte creditou-se indevidamente do ICMS total nas notas fiscais de devoluções de mercadorias beneficiadas com crédito presumido nas saídas, assim como utilizou em valores acima do permitido (hum quarenta e oito avos) do ICMS destacado nas notas fiscais de compras do ativo imobilizado. Consta, ainda, que foi refeita a conta corrente do contribuinte e o ICMS foi cobrado onde houve repercussão. Além dos créditos foi encontrada também divergência na apuração, estando todos os lançamentos especificados no Anexo - DEMONSTRATIVO CONSOLIDADO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.72/75), na qual diz que está sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$194.205,84, por entenderem os agentes fiscais que houve utilização indevida de crédito provenientes de transferências de crédito da empresa TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS; por ter utilizado crédito antecipado do ICMS proveniente da aquisição de Ativo Imobilizado; e por não ter efetuado o estorno de crédito nas devoluções de vendas provenientes do incentivo BAHIAPLAST.

Reportando-se à utilização do crédito fiscal proveniente da empresa TRANSBRASIL S/A, esclarece que a referida empresa, inscrita no CAD-ICMS do Estado da Bahia sob o nº 27.034.266 NO é detentora de crédito do ICMS do Estado da Bahia, proveniente de pagamento indevido relativo ao recolhimento do ICMS, sobre prestação de serviços de transporte aéreo, através do Convênio ICMS 66/68, “Convênio este julgado inconstitucional pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1089-1 e 1600-8, publicada no DJU de 20/09/96 e 27/06/97, com sentença transitado em julgado em 08/08/97, perfazendo o valor atualizado até 31/07/97 de R\$34.114.079,17.

Acrescenta que, no intuito de assegurar o direito ao resarcimento dos valores recolhidos indevidamente, referente ao período de 1989 a 1994, a empresa TRANSBRASIL S/A ajuizou contra o Estado da Bahia, Ação de Indébito que tramita na 9^a Vara da Fazenda Pública através do Processo nº 14002917572/0, garantindo assim, o prazo prescricional.

Esclarece que, de posse dos documentos fiscais, lançou na sua contabilidade e na sua escrita fiscal os créditos adquiridos da TRANSBRASIL S/A, fazendo as compensações em conformidade com os art. 368 do Código Civil (CC) e 150 e 170 do Código Tributário Nacional (CTN), as quais foram comunicadas mensalmente à SEFAZ, por meio dos Demonstrativos Mensais de Apuração do ICMS (DMA).

Assevera que, visando assegurar também o direito a utilização do crédito, ingressou em juízo através de AÇÃO DECLARATÓRIA de nº 9211000-3/2005, informando os valores compensados mensalmente através de livros fiscais e demonstrativos eletrônicos. Diz, que também impetrou mandado de segurança na 3ª Vara da Fazenda Pública, sendo concedida liminar pelo titular da 2ª Vara da Fazenda Pública e substituto da 3ª VFP, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário da ação mandatária e ação ordinária.

Reportando-se aos valores cobrados referentes ao exercício de 2004, diz que efetuou levantamentos visando conciliar valores cobrados no Auto de Infração e os constantes na sua escrita fiscal, tendo verificado que na planilha APURAÇÃO DE ICMS ANO 2004, levantada pela fiscalização foi incluído estorno de créditos no valor de R\$36.015,00, gerando saldo devedor de ICMS no período de R\$30.374,89. Esclarece que este valor foi lançado na escrita fiscal da empresa em dezembro de 2005, sendo exigido em 13/06/2006, através do Auto de Infração nº. 10895.0002/06-7, o valor de R\$312.035,74, fazendo parte deste valor a importância de R\$81.479,99, referente ao estorno de crédito sobre devoluções de venda, do período de janeiro/2004 a dezembro/2005, ficando evidenciada a cobrança em duplicidade no presente Auto de Infração. Diz que, o valor devido e reconhecido pela empresa no exercício de 2004, é de R\$21.569,19, referente ao período janeiro a maio de 2004, conforme apuração do ICMS no ano de 2004, documentos acostados aos autos.

Prosegue, afirmando que no exercício de 2005, também ocorreu cobrança em duplicidade do valor de R\$40.769,85, referente ao mesmo estorno de crédito, valor este incluído no Auto de Infração acima reportado. Diz, ainda, que também verificou divergência na composição do incentivo BAHIAPLAST, considerando que foram excluídas do cálculo do incentivo no mês de setembro de 2005, as Notas Fiscais nº.s 3809, 3812, 3836, 3858, 3879, 3890, 4077, 4125, no valor de R\$132.125,06, no mês de outubro as Notas Fiscais nº.s 3478 e 3636, no valor de R\$2.500,00, no mês de novembro de 2005, as Notas Fiscais nº.s 4198, 4258, 4351, 4357, 4363, 4451, 4475 e 4476, no valor de R\$111.209,92, e no mês de dezembro de 2005, as Notas Fiscais nº.s 4563, 4807, 4868, 4877, no valor de R\$39.374,16, deixando de ser apurado crédito no valor de R\$22.033,55. Acrescenta que, no exercício de 2006, não foi considerado o saldo credor do imobilizado do período janeiro a junho de 2006, pois na escrita fiscal, segundo o levantamento efetuado pela fiscalização nos meses de janeiro a maio de 2006, havendo saldo credor, ficando o saldo final em junho de 2006, após as correções no valor de R\$27.842,61.

Sustenta que, após análise das planilhas levantadas pela fiscalização e as levantadas pela empresa, verificou-se duplicidade de exigência em relação aos seguintes itens:

- estorno de crédito no valor de R\$76.784,85;
- saldo credor do imobilizado, no período janeiro a junho de 2006, no valor de R\$11.733,49;
- não consideração do crédito INCENTIVO BAHIAPLAST, no período setembro a dezembro de 2005, no valor de R\$22.033,55.

Reconhece como devido o valor de R\$21.569,19, do período de janeiro a dezembro de 2004, referente à utilização antecipada do ICMS neste período. Não reconhece os demais valores tendo em vista a suspensão da exigibilidade dos créditos, com base na Liminar concedida pela 3ª Vara da Fazenda Pública, em 22/06/06, salientando que o próprio Código Tributário Nacional assegura a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nesses casos.

Conclui, requerendo a suspensão da exigibilidade de parte do Auto de Infração, tendo em vista o reconhecimento dos valores devidos no exercício de 2004.

Na informação fiscal apresentada à fl. 122, a autuante reportando-se às alegações defensivas sobre a exigência em duplicidade do estorno de crédito originado pela devolução de mercadorias que foram beneficiadas com crédito presumido pelo programa BAHIAPLAST, afirma que o autuado levantou o débito, referente aos exercícios de 2004 e 2005, procedendo ao estorno em dezembro de 2005. Acrescenta que, na fiscalização sumária os valores lançados a débito pelo contribuinte não foram questionados e o saldo devedor foi totalmente exigido. Diz que, o procedimento correto foi efetuado na fiscalização que realizou, pois os valores a serem estornados foram lançados no mês que era devido e cobrado onde houve repercussão no ICMS apurado. Afirma que, nesses termos, não procede a argumentação do contribuinte. Manifesta o entendimento de que o valor apurado pelo autuado deve ser abatido do Auto de Infração anteriormente lavrado, pois, nele é que houve a cobrança indevida.

Prosseguindo, diz que o autuado apresentou demonstrativo onde supostamente não foram considerados os lançamentos de algumas notas fiscais que anexou aos autos, que resultariam numa diferença de crédito a seu favor no valor de R\$22.035,55, discordando da alegação do autuado, tendo em vista que os lançamentos efetuados estão em conformidade com o seu livro Registro de Apuração do ICMS -RAICMS. Esclarece que o cálculo do benefício é efetuado sobre as vendas da produção do estabelecimento, CFOP 5101 e 6101. As notas fiscais arroladas pelo autuado referem-se ao CFOP 5122 - industrialização de terceiros, motivo pelo qual não foram incluídas no cálculo do benefício. Reportando-se a alegação relativa ao crédito do ativo imobilizado, no período de janeiro a maio de 2005, afirma que não tinha como abatê-lo no outro PAF, contudo, concorda com a existência de direito do contribuinte de efetuar o ajuste quando do pagamento do ICMS apurado.

Finaliza, mantendo a autuação.

Intimado o contribuinte para dar ciência sobre a informação fiscal (fl.123), este às fls. 125/126 se manifesta, afirmando que, de início, foi reconhecida a cobrança em duplicidade do valor de R\$81.479,99, no Auto de Infração nº. 108595.0002/06-7. Referindo-se à industrialização por terceiros, sustenta que a autuante não considerou o que determina a Lei nº. 7.351, no seu artigo 3º. inciso III, que transcreve, pois ao se referir as "saídas" o legislador, não só contemplou as vendas como também toda saída de produtos do estabelecimento, inclusive as amostras grátis. Esclarece que as industrializações por conta e ordem de terceiros, são operações normais de vendas, pois os produtos são faturados para a empresa adquirente e remetidos para outra empresa que ficará encarregada de promover adaptações necessárias conforme determinado. Acrescenta que, nas referidas operações são devidos todos os tributos (ICMS, IPI, PIS, COFINS, IR, CSSL), portanto, considerada operação normal de venda, sendo o produto/mercadoria faturado para o cliente adquirente e enviado para outra empresa que ficará responsável pelo beneficiamento do produto/mercadoria. Referindo-se ao ativo imobilizado, reconhece como devido o valor de R\$21.569,19, referente a utilização de créditos indevidos do imobilizado do período janeiro a maio de 2005, sendo recolhido conforme DAE anexado.

À fl. 141, a autuante se pronunciando sobre a manifestação do contribuinte, diz que não conseguiu entender como este encontrou o valor de R\$21.569,91, a título de utilização indevida de crédito fiscal do ativo imobilizado, referente ao período de janeiro a maio de 2005, considerando que no mês de janeiro o valor é de R\$2.602,94, em fevereiro de R\$15.561,00, em março de R\$20.066,41, em abril de R\$13.244,41 e em maio de R\$16.778,41, perfazendo um total de R\$68.253,17, significando dizer, que houve um recolhimento a menos de R\$46.683,98. Reportando-se à cobrança em duplicidade dos estornos de créditos referentes às devoluções de mercadorias, mantém a autuação, por entender que a apropriação do débito foi feita de forma correta no presente Auto de Infração, cabendo questionamento sobre o Auto de Infração nº. 108595.0002/06-7, cuja cobrança

diz ter sido indevida. Referindo-se à industrialização por terceiros, diz que deixa a interpretação por conta deste CONSEF.

VOTO

O Auto de Infração em lide, exige ICMS em razão da falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, em decorrência do sujeito passivo ter utilizado créditos fiscais, sem obedecer às regras previstas na legislação do ICMS.

Do exame das peças processuais, verifico que na peça defensiva o contribuinte afirma que no Auto de Infração está sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$194.205,84, por entender a autuante que houve utilização indevida de crédito fiscal provenientes de transferências de crédito da empresa TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS; por ter utilizado crédito antecipado do ICMS proveniente da aquisição de Ativo Imobilizado; e por não ter efetuado o estorno de crédito nas devoluções de vendas provenientes do incentivo BAHIAPLAST.

Em verdade, a conta corrente fiscal do autuado foi refeita nos períodos em que houve débitos do imposto, sendo deduzido o valor de R\$81.479,99 do total do débito, haja vista que este valor fora objeto de outro lançamento de ofício.

No entanto, tal valor é passível de cobrança apenas dos acréscimos legais em razão da extemporaneidade do lançamento de correção, devendo a autoridade competente analisar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal para exigência dos citados acréscimos, a teor do artigo 156 do RPAF/99.

No demonstrativo de débito abaixo elaborado, fica claro que no presente lançamento não há glosas de créditos transferidos pela TRANSBRASIL S/A, conforme alegado pelo autuado, já que no refazimento da conta corrente a autuante manteve os referidos créditos, fazendo referência as mercadorias utilizadas de crédito superior ao permitido, bem como ativo imobilizado superior ao permitido.

Na coluna 1 do demonstrativo de débito foram apontados os valores lançados no Auto de Infração. Na coluna 2, constam os valores relativos ao lançamento do estorno de crédito devido em relação à devolução de vendas, valendo observar que, como não foi identificado saldo devedor nos meses de junho a dezembro de 2004, bem como no mês de dezembro de 2005 os valores excluídos da autuação foram consignados no primeiro mês subsequente em que se apontou imposto a recolher. Foram considerados ainda os créditos relativos ao BAHIAPLAST, no valor de R\$22.033,55. Também em relação aos meses em que o saldo devedor apontado na autuação é inferior aos créditos ora excluídos, tais valores foram deduzidos no mês subsequente em que houve imposto a recolher, conforme apontado na coluna 5 do demonstrativo de débito, resultando numa diferença a recolher na coluna 6 no valor de R\$90.692,30.

Valor Auto Infração (1)	Ocorrências (2)	Dedução - Devolução vendas (2)	Dedução - BAHIAPLAST (3)	Diferença (4)	Inclusão Parcela Credora (5)	ICMS a Recolher (6) 6=4-5
6.788,49	01/04	2.474,77		4.313,72	-	4.313,72
6.673,11	02/04	2.842,35		3.830,76	-	3.830,76
4.875,99	03/04	1.045,23		3.830,76	-	3.830,76
6.862,46	04/04	31,07		6.831,39	-	6.831,39

5.174,85	05/04	2.412,29		2.762,56	-	2.762,56
35.377,26	01/05	35.757,54		(380,28)	-	0,00
17.864,84	02/05	2.303,85		15.560,99	(380,28)	15.180,71
21.802,95	03/05	1.736,54		20.066,41	-	20.066,41
1.505,08	04/05	1.614,70		(109,62)	-	0,00
31.915,69	05/05	1.748,25		30.167,44	(109,62)	30.057,82
8.686,90	06/05	5.237,39		3.449,51	-	3.449,51
4.061,79	07/05	6.347,28		(2.285,49)	-	0,00
881,46	08/05	2.749,15		1.867,69	(2.285,49)	0,00
3.251,55	09/05	2.354,32	10.207,19	(9.309,96)	(4.153,18)	0,00
9.036,76	10/05	5.491,68	193,14	3.351,94	(10.111,20)	0,00
4.518,73	11/05	3.951,05	8.591,41	(8.023,73)	(10.111,20)	0,00
24.927,93	06/06	3.382,53	3.041,81	18.503,59	(18.134,93)	368,66
194.205,84	TOTAL	81.479,99	22.033,55	-	-	90.692,30

Assim, o valor do ICMS exigido originalmente no Auto de Infração, passa de R\$194.205,84 para R\$90.692,30.

Vale consignar que, apesar de o contribuinte ter esclarecido que ingressou em juízo, visando assegurar o direito a utilização do crédito fiscal transferido pela TRANSBRASIL S/A, através de AÇÃO DECLARATÓRIA nº 9211000-3/2005, no presente caso, não há que falar em esgotar a instância administrativa em decorrência da escolha da via judicial pelo sujeito passivo, ficando prejudicada a defesa interposta, conforme artigo 117 do RPAF/99, pois, conforme dito acima não houve glosa dos créditos transferidos.

No que diz respeito à utilização de crédito antecipado do ICMS proveniente da aquisição de Ativo Imobilizado, por ter lançado valores acima do permitido legalmente, ou seja, 1/48 (hum quarenta e oito avos) do ICMS destacado nas notas fiscais de compras, verifico assistir razão a autuante com relação à exigência apontada, haja vista que o contribuinte efetivamente inobservou a legislação do ICMS, especificamente, o Regulamento do ICMS –RICMS, ao utilizar crédito fiscal em valor superior ao permitido.

Quanto ao benefício previsto no Programa BAHIAPLAST, verifico que a autuante sustenta que o cálculo do benefício deve ser feito sobre as vendas da produção do estabelecimento, com código CFOP 5101 e 6101, sendo que, as notas fiscais arroladas pelo autuado referem-se ao CFOP 5122 - industrialização de terceiros, razão pela qual não foram incluídas no cálculo do benefício.

Estabelece o artigo 3º, inciso III, da Lei 7.351/98, instituidora do Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação Plástica - BAHIAPLAST, “in verbis”:

“Art. 3º Constituem benefícios do BAHIAPLAST:

(...)

III - crédito presumido nas operações de saídas de produtos transformados, desde que derivados de produtos químicos e petroquímicos básicos e intermediários, promovidas por empresa industrial inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS) sob os códigos de atividade econômica e nas condições estabelecidos em regulamento”.

Já o artigo 5º, inciso III, do Regulamento do BAHIAPLAST, aprovado pelo Decreto nº. 7.439/98, dispõe:

“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”.

Da leitura do dispositivo regulamentar acima transcrito, verifica-se que é condição indispensável para fruição do benefício do crédito presumido, que os produtos transformados objeto de vendas tenham sido fabricados no próprio estabelecimento fabricante beneficiário do programa BAHIAPLAST.

No código CFOP 6.122, são classificadas as vendas de produtos industrializados no estabelecimento, remetidos para serem industrializados em outro estabelecimento, por conta e ordem do adquirente, sem que os produtos tenham transitado pelo estabelecimento do adquirente.

Diante disso, tendo em vista que no caso sob exame o contribuinte realizou operações de saídas de produtos transformados fabricados no próprio estabelecimento, o benefício não fica descaracterizado, mesmo que o produto vendido tenha uma etapa posterior de industrialização realizada por outro contribuinte, como no presente caso.

Diante do exposto, o valor do ICMS originalmente exigido no Auto de Infração de R\$194.205,84, passa para R\$90.692,30.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração nº 108595.0004/06-0, lavrado contra **BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$90.692,30**, acrescido da multa de 50%, prevista no artigo 42, inciso I, alínea “a” da Lei 7.014/96, 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 1, 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, 29 de janeiro de 2007.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR