

A. I. Nº - 232946.0002/06-4
AUTUADO - SOL EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.
AUTUANTE - EBERT BARBOSA DE PEREIRA CARDOSO e MANUEL PEREZ MARTINEZ
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 05/06/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0129-05/07

EMENTA: ICMS. 1. EXPORTAÇÃO. INDICAÇÃO DA NATUREZA DA OPERAÇÃO COMO SENDO “EXPORTAÇÃO”, MAS SEM COMPROVAÇÃO DA SAÍDA DAS MERCADORIAS DO PAÍS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado a efetivação de exportação. Infração elidida. 2. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada a internalização de parte das mercadorias na ZFM. Infração parcialmente caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) APROPRIAÇÃO INTEGRAL DO CRÉDITO PRESUMIDO DO PROGRAMA BAHIAPALAST. Restou comprovada a regularidade de parte do crédito fiscal presumido das operações industrializadas pelo estabelecimento e o contribuinte reconhecido o creditamento indevido de parte do valor exigido. Infração parcialmente elidida. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL. c) MERCADORIA NÃO ENTRADA NO ESTABELECIMENTO. d) AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO OU CONSUMO. Itens “b” e “c” não elididos e relativo ao item “d”, restou comprovado que parte das operações não se tratam de aquisições de material de uso ou consumo, elidindo em parte. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SERVIÇO DE TRANSPORTE. OPERAÇÕES DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Comprovado que parte das operações se refere à prestação de transporte municipal e não configura fato gerador do imposto. Infração parcialmente subsistente. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. MATERIAL DE CONSUMO. 6. IMPORTAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 7. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações não impugnadas. 8. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIDO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Imputação elidida. 9. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. Restou comprovado que as operações de recebimento de peças novas em substituição por troca a peças usadas, caracterizam

operações distintas, sendo devido o imposto relativo à aquisição. Infração não elidida. **10. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA.** Documentos juntados aos autos em momento posterior à autuação não descaracterizam a infração, por não terem sido apresentados à fiscalização mediante intimações, sob alegação de que foram extraviados. Infração não elidida. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/12/06, exige ICMS no valor de R\$1.048.271,89 acrescido das multas de 60%, 70% e 150%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.380,00, relativo às seguintes infrações:

01. Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza de operação de exportação, sem comprovação efetiva da saída do país por intermédio de Guias ou Registro de Exportação, conforme levantamento efetuado no SISCOMEX e demonstrado no Anexo 1 - R\$76.602,44.
02. Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício fiscal de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA - R\$12.215,12.
03. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido do ICMS, previsto no Programa Bahiaplast, que após estornado constitui saldo do imposto a recolher. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte deixou de considerar no cálculo do crédito presumido do Bahiaplaste as devoluções de produtos vendidos e considerou indevidamente as industrializações efetuadas por conta de terceiros, o que é vedado pela legislação do Bahiaplast - R\$730.322,26.
04. Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuados por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, relativo a transporte intermunicipal de pessoal da empresa, conforme registrado no livro Razão e demonstrativo do Anexo 4 - R\$30.919,48.
05. Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, relativo a lançamentos de ajustes no livro RAICMS a título de outros créditos - R\$7.640,39.
06. Recolhimento a menos do 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 desembarço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial - R\$881,87.
07. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através entradas de mercadorias não registradas, conforme cópias de notas fiscais relacionadas no Anexo 7 – R\$9.870,02.
08. Recolheu a menos o ICMS, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS - R\$11.935,69.
09. Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado. Consta, na descrição dos fatos, que corresponde a produtos cujo ingresso no estabelecimento não foi devidamente comprovado, pela falta da nota fiscal de faturamento de nº 2828 e conhecimento de transportes, solicitados por

intimação e não apresentados, bem como, ausência de contabilização dos pagamentos, tudo conforme o Anexo 9 - R\$123.970,00.

10. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento - R\$28.991,33.

11. Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento - R\$15.543,29.

12. Deixou de apresentar documento fiscal, quando regularmente intimado, tudo conforme Anexo 12, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória - R\$1.380,00.

O autuado, em sua impugnação às fls. 351 a 365, esclarece inicialmente que deixa de impugnar as infrações 5, 6, 7 e parcialmente as infrações 3, 4, 10 e 11, por entender que são devidas.

Quanto à infração 1, referente a falta de comprovação de efetivação de exportação, diz que houve um equívoco por parte do autuante, tendo em vista que as exportações estão devidamente registradas e averbadas no SISCOMEX, conforme documentos juntados com o Anexo 1 (fls. 367 a 425), acompanhados das respectivas notas fiscais e invoice comercial.

Relativamente à segunda infração, da falta de comprovação de internamento de mercadorias na Zona Franca de Manaus (ZFM), afirma que não tem ingerência na SUFRAMA para o registro de ingresso da mercadoria vendida para empresas instaladas naquela superintendência. Destaca que juntou com o Anexo 2 (fls. 426 a 430) as comprovações que foram obtidas até o momento e que continua empreendendo esforços para obter os demais registros de internamento na ZFM.

Com relação à infração 3, referente a utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, previsto no programa Bahiaplast, contesta a acusação dizendo que de acordo com o enquadramento legal, o art. 7º do Dec. 7.439/98, estabelece regras no que diz respeito ao diferimento e nas operações de glosadas pela fiscalização não existem saídas de produtos petroquímicos para uma futura industrialização, feita pelo autuado.

Afirma que o autuante não aponta qual a infração cometida pelo autuado, e no seu entendimento, procedeu da forma correta nos termos do art. 9º do mencionado diploma legal;

Salienta que nesta autuação, o autuante juntou duas situações distintas: Estorno de crédito presumido nas devoluções e crédito presumido nas industrializações efetuadas por terceiros. Na primeira situação, se a venda foi desfeita em face de devolução da mercadoria, concorda que não comporta a redução do imposto além do crédito presumido, tendo em vista que no momento da entrada da mercadoria devolvida, o crédito fiscal deve se limitar ao valor pago pela venda e na devolução, o crédito deve refletir exatamente o valor anterior pago. Conclui dizendo que procedem os valores estornados de créditos de ICMS relativos aos exercícios de 2003 e 2004, entretanto procedeu corretamente no exercício de 2006, exceto os valores de R\$8,26 e R\$66,74. Para provar o alegado, diz que juntou ao PAF o Anexo 3 (fls. 431 a 451). Com relação à industrialização efetuada pelo autuado para clientes (terceiros), diz que falta base legal.

Frisa que um dos elementos essenciais ao lançamento é a indicação da norma infringida pelo contribuinte, e que na situação presente não foi indicado qual norma foi infringido, o que no seu entendimento contraria o disposto nos artigos 114 e 142 do Código Tributário Nacional (CTN), além de que, o art. 111 do citado diploma legal, estabelece que as isenções devem ser interpretadas literalmente e no caso do direito ao crédito presumido, a lei estabelece que a sua fruição decorra da industrialização, objetivando a geração de emprego no Estado, e no seu entendimento, em caso de dúvida, prevalece o princípio estabelecido no art. 112 do CTN, ou seja, com interpretação mais favorável ao contribuinte.

No tocante à infração 4, da falta de retenção do ICMS, esclarece que a empresa prestadora de serviço Laik-Kar Serviço de Transporte Ltda., efetua o transporte de pessoal preponderantemente no município de Camaçari e localidades adjacentes, porém, os autuantes na elaboração do Anexo 4, não separaram o que era transporte municipal do intermunicipal. Ressalta que as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos elaborados pelos autuantes, detalha os transportes efetuados e os respectivos preços, o que possibilita separar as operações tributadas pelo ICMS.

Reconhece que ocorreram apenas operações de transportes intermunicipais com valor de R\$1.521,61, sendo R\$936,05 no exercício de 2003 e R\$585,56 para o exercício de 2004, conforme cópias das notas fiscais juntadas com o Anexo 4 (fls. 452 a 502).

Quanto à infração 8, referente ao desencontro entre o valor do imposto escriturado e o recolhido, afirma que já tinha sido identificado esta irregularidade e providenciou o seu recolhimento espontaneamente em 28/06/05, com valores respectivos de R\$6.951,88, R\$4.368,02 e R\$653,77, conforme cópias de DAEs juntados com o Anexo 5 (fls. 503 a 506).

Relativamente à infração 9, pela utilização indevida de crédito fiscal do ICMS sem que a mercadoria tivesse entrado no estabelecimento, esclarece que a nota fiscal de nº 2828 foi citada indevidamente nas notas fiscais de remessa de produtos adquiridos e que junta com a defesa as correspondentes cartas de correções e notas fiscais de faturamento de nº 2703; 2706; 2711, emitidas respectivamente em 22/04/03; 25/04/03 e 28/04/03, todas emitidas pela empresa Sol América Indústria e Beneficiamento de Plásticos Ltda.

Contesta a acusação fiscal de que não houve ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado, face a inexistência de conhecimentos de transportes e pagamentos, tendo em vista que as mercadorias foram adquiridas na modalidade CIF, tendo as mercadorias sido entregues pelo fornecedor. Diz que junta com o Anexo 6 (fls. 507 a 560), as cópias das notas fiscais que originaram o faturamento, as cartas de correções e as notas fiscais de simples remessa do produto adquirido.

Com relação à infração 10, do recolhimento a menos do ICMS de diferença de alíquota, afirma que falta detalhamento no levantamento fiscal das operações por ele efetuada, tendo os autuantes se limitado a relacionar as entradas com o CFOP 2949 – Outras Remessas, sem examinar o detalhe de cada operação. Diz que elaborou o Anexo 7, no qual detalhou as operações praticadas: Remessa em substituições; Retorno de Conserto; Devolução de serviço de industrialização cobrado a mais; Remessa para demonstração; Duplicidade de nota fiscal no levantamento fiscal; Amostra gratis; Serviços gráficos contratados de terceiros; Recebimento de peças do ativo imobilizado; Glosa de notas fiscais, tudo conforme relatório destas operações às fls. 360 a 362 e o Anexo 7 (fls. 561).

Quanto à infração 11, da utilização indevida de material de uso e consumo do estabelecimento, reconhece que parte do crédito glosado é procedente, entretanto, foi incluído no levantamento fiscal, entradas de mercadorias a título de substituição, troca de peças que retornaram para os fornecedores, cujos débitos fiscais foram eliminados com as devoluções das mercadorias. Diz que junta com o Anexo 8 (fl. 876), cópia das notas fiscais emitidas pelo fornecedor e as correspondentes notas fiscais de devoluções, com o intuito de comprovar a eliminação dos débitos fiscais.

Com relação à infração 12, multa fixa por falta de atendimento à intimações, afirma que atendeu todas as solicitações fiscais emitidas pelo Auditor Manoel Perez, com quem manteve contato, as quais foram feitas por telefone ou por email destinado ao Contador responsável, o Sr. Ailton Lisa, bem como, as intimações formais expedidas. Para tentar comprovar o alegado, junta com o Anexo 9 (fls. 875 a 908), as cópias das intimações formais, cópia de emails, efetuadas e correspondentes respostas, diz que foi surpreendido com este item do Auto de Infração e que não infrigiu o disposto no art. 142, IV e 934 do RICMS/BA. Ressalta que todos os livros fiscais e

contábeis foram postos à disposição do preposto fiscal, foram entregues na sua residência ou na IFEP-Salvador, salientando que devido a dificuldade de locomoção de funcionários de Camaçari para Salvador, pode ter ocorrido algum atraso o que deve ter motivado a autuação.

Por fim, diante das justificativas apresentadas, requer a improcedência da autuação nos exatos termos expostos, evitando um futuro prejuízo para o Estado, o qual deverá arcar com o ônus da sucumbência na esfera judicial, ante a previsível sentença favorável às suas pretensões.

Os autuantes, na informação fiscal prestada às fls. 912 a 921, esclarecem inicialmente que os procedimentos fiscais foram executados de acordo com os registros fiscais e contábeis do estabelecimento autuado, e que tiveram dificuldades para obter informações do contribuinte, por não ter entregue todos os documentos fiscais solicitados, sendo que alguns deles só foram juntados agora no momento da apresentação da defesa.

Com relação à infração 1, afirmam que conforme pode ser verificado no item 3, das intimações apresentadas nas datas de 28/06/06; 11/07/06; 24/07/06; 04/08/06 e 22/08/06 (fls. 16 a 32), não tendo sido apresentado os documentos comprobatórios das exportações. Fizeram consultas ao sistema integrado do MCEX relativo ao exercício de 2003, e constataram a inexistência de Relatórios de Embarques (RE), tendo, então, reclamado os créditos tributários. Afirmam que conforme documentos juntados com a defesa e consultas no MCEX relativo ao exercício de 2004, constataram que as notas fiscais não registradas no exercício de 2003, encontram-se registradas no exercício de 2004, o que comprovam a efetivação as exportações relativas às mercadorias consignadas nas notas fiscais de nº 4196, 4261, 4290, 4306 e 4521. Reconhecem a improcedência total desta infração.

Quanto à infração 2, afirmam que em relação às alegações defensivas, pode ser verificado no item 4 das intimações de 08/06/06, 11/07/06; 24/07/06; 04/08/06 e 22/08/06 (fls. 16 a 32), não foram apresentadas quaisquer informações, apesar dos documentos terem sido obtidos em 11/10/06 e 23/10/06, enquanto o Auto de Infração foi lavrado em 14/12/06, o que no seu entendimento denota o interesse de dificultar a ação fiscal. Ressaltam que fizeram consulta ao SINTEGRA/SUFRAMA e constataram o internamento de algumas mercadorias consignadas em diversas notas fiscais, mas que só os documentos juntados com a defesa, confirmam “o ingresso na Zona Franca de Manaus, das notas fiscais de nºs 5529, 5531, 6596 e 6597”.

Afirmam que com as comprovações feitas com a defesa, deve ser excluído o valor de R\$6.637,30, relativo às notas fiscais acima citadas, remanescendo o valor de R\$5.572,82, conforme demonstrativo acostado à fl. 922.

Relativamente à infração 3, tecem comentários sobre as alegações defensivas e dizem que acatam a comprovação da regularidade dos créditos relativos à devoluções de vendas referentes ao exercício de 2005, cabendo redução do débito de R\$26.847,03, tudo conforme o Anexo B, juntado às fls. 923 e 924, o que reduz o valor exigido no exercício de 2005 para R\$229.780,59.

Com relação às operações de industrialização efetuada por terceiros, dizem que a defesa é inócuas e que se lido os artigos do enquadramento da infração, demonstraria a sua aplicabilidade e o impedimento de usar o incentivo fiscal previsto no Bahiaplast, relativo a operações de industrialização efetuada por encomenda. Salientam que o contribuinte já foi autuado pela mesma infração, referente aos exercícios de 2001 e 2002, conforme Auto de Infração nº 232946.0002/05-6, o qual foi julgado totalmente procedente, conforme Acórdão JJF nº 036-01/05.

Ressaltam que no exercício de 2003, o autuado procedeu corretamente, haja vista que mesmo tendo efetuado operações de industrialização por terceiros, não considerou para efeito de determinação do Crédito Presumido do Bahiaplast, voltando a utilizar o mesmo procedimento a partir de 2004. Conclui dizendo que com a redução do crédito reclamado de R\$26.847,00 relativo ao exercício de 2005, resta um débito remanescente de R\$703.475,26, tudo conforme Anexo C (fl. 925).

Quanto à infração 4, dizem que com relação aos argumentos defensivos de que o pacote de transporte de pessoal é feito preponderantemente dentro do município de Camaçari, implica que admite que ocorrem operações intermunicipais, “no entanto deixa de apresentar provas a sua argumentação, tais como roteiro de ônibus ou mesmo cópias do registro de empregados onde possam ser identificados os respectivos endereços residenciais, para se determinar os valores devidos a título do ICMS”. Ressaltam que o contribuinte reconheceu a procedência da mesma exigência fiscal referente aos exercícios de 2001 e 2002, conforme item 3 do AI nº 232946.0002/05-6, fato que pode ser constatado no Acórdão JJF 0365-01/05. Salientam que causa estranheza que de repente de um exercício para outro as residências predominantes em outros municípios tenham passado para o de Camaçari.

Dizem que analisando as notas fiscais juntadas com a defesa, constataram que em algumas delas os trechos foram considerados equivocadamente, pois se tratavam de percurso dentro do município de Camaçari, e promoveram a exclusão dos valores correspondentes. Com os ajustes os valores reclamados passam a ser de R\$18.378,93 para o exercício de 2003 e R\$11.392,61 para o exercício de 2004, totalizando R\$29.771,55, tudo conforme o Anexo D (fls. 926 e 927).

Com relação à infração 8, dizem que considerando que não foi examinado os recolhimentos de 2005 e a dificuldade de manter diálogo com os consultores do contribuinte, acatam as provas apresentadas para excluir a infração na sua íntegra.

Em relação à infração 9, salientam que estranham que o contribuinte quando intimado a apresentar a nota fiscal nº 2828, não atendeu a intimação e somente agora justifica os erros mediante anexação com a defesa de cartas de correções, não contempladas no RICMS/BA.

Quanto às notas fiscais de nºs 2703, 2706 e 2711, cujas cópias foram juntadas com a defesa, como sendo as verdadeiras notas de faturamento, destacam que as mesmas foram emitidas manuscritas, quando o fornecedor emite notas fiscais por processamento de dados, constando nelas como responsável pelo frete o destinatário, o que foi corrigido mediante carta de correção agora juntada ao processo.

Ressaltam que nos exames efetuados das notas fiscais de simples remessa, encontraram apenas as cartas de correções cujas cópias foram juntadas às fls. 250 e 251, que corrige a descrição dos produtos de “polietileno” para “sacolas especiais”, que não corresponde à realidade quando se analisa o livro Razão Contábil, folhas 253, 254 e 258 referentes à conta 1.1.3.0002 – Matéria Prima, registrando a seu débito (entradas) transferências da conta 1.1.3.40.0017 – Mercadorias para revenda onde estão registradas as NFs de simples remessas das “sacolas especiais”. Salientam que não existiam as cartas de correções apensadas às notas fiscais de simples remessa apresentadas na defesa (fls. 515 e 527).

Alegam que os argumentos defensivos são inócuos e não comprova a efetiva entrada da mercadoria no seu estabelecimento, por diversos motivos:

- a) mesmo que a modalidade do transporte fosse CIF, deveria haver a emissão do respectivo conhecimento de transporte;
- b) as NFs de simples remessam se apresentam lisas, sem rasura, sem dobras, sem carimbo de postos fiscais, apesar do emitente se encontrar instalado no Estado de São Paulo;
- c) não constam do relatório CFAMT as notas fiscais registradas (fls. 262 a 264);
- d) no Razão contábil, observou-se que os valores da suposta aquisição não foram pagos, quando ocorreram pagamentos de outras operações, o que caracteriza um passivo fictício.

Concluem dizendo que na defesa não foram apresentados provas dos argumentos e mantém a infração na íntegra.

Quanto à infração 10, dizem que após a análise dos documentos juntados com a defesa:

- 1) Acatam a exclusão das notas fiscais de nº 2203, 22049 e 22076 (fls. 564 a 568), relativo a empréstimo de peças posteriormente devolvidas, totalizando valor de R\$2.122,70;

Não acatam as notas fiscais relativas a mercadorias recebidas em substituição de peças defeituosas, o que caracteriza material de uso ou consumo e não é admissível que sejam devolvidas dias depois, a exemplo das juntadas às fls. 572 a 575, inclusive com indicação de dados adicionais “com posterior cobrança”, o que demonstra pagamento posterior;

Ressalta que conforme documento à fl. 309, as notas fiscais de nºs. 25753, 25760 e 25719 são identificadas no arquivo magnético com de “material de uso e consumo”.

Quanto aos débitos apontados, ratifica que o autuado não deveria se creditar dessas entradas, por se tratar de aquisição de material de uso ou consumo, não podendo ser validado o procedimento de remessa e retorno com o mesmo débito, o que neutraliza o pagamento do imposto tanto no Estado de origem como no de destino.

- 2) Acataram diversos valores, conforme relatado às fls. 918 e 919, consolidado no Anexo E, juntado às fls. 928 a 938, o que reduziu o débito original de R\$28.991,33 para R\$25.866,23.

Relativamente à infração 11, contestam os argumentos defensivos dizendo que se tratam de aquisições de peças para manutenção de equipamentos, conforme abordado anteriormente na infração 10, que tiveram origem de fornecedores com retorno e cobrança posterior, ocorrendo que as peças devolvidas são as peças usadas e não as mesmas que foram recebidas e não pode ser considerado como uma efetiva anulação da operação, a exemplo das notas fiscais de nºs. 17157 e 17212 (fls. 758 e 760), em que procura não pagar o ICMS da diferença de alíquota.

Concluem afirmando que no entendimento deles ficou caracterizado o uso indevido do crédito do ICMS nas aquisições de material de uso ou consumo do próprio estabelecimento, cujo crédito não é contemplado no RICMS/BA. Quanto aos débitos gerados pelas devoluções, dizem que cabe ao contribuinte pleitear sua devolução ou compensação. Mantêm na íntegra a infração.

No tocante à infração 12, afirmam que não procedem as alegações defensivas, tendo em vista que o contribuinte deixou de apresentar diversas informações importantes e necessárias ao processo de auditoria, como o mapa de custeio de produção, que foi apresentado na fiscalização anterior e mesmo contabilizado mensalmente, não foi apresentado nesta fiscalização sob alegação de inexistência.

Argumentam que se verificado no item 3, das intimações feitas ao contribuinte nas datas de 28/06/06; 11/07/06; 24/07/06; 04/08/06 e 22/08/06, cujas cópias foram apensadas ao processo (fls. 16 a 32), o autuado não apresentou à fiscalização os documentos relativos às exportações, só tendo sido apresentados no momento da protocolização da defesa. Também, argumentam que os itens 4 e 5 das intimações de 28/06/06; 11/07/06; 24/07/06; 04/08/06 e 22/08/06 (fls. 16 a 32), não foram apresentados os documentos relativos às operações destinadas à ZFM, só tendo sido anexado junto com a defesa, o que dificultou a ação fiscal. Mantêm a infração.

Concluem dizendo que acataram parcialmente as alegações defensivas e mantêm o valor exigido de R\$923.976,43, conforme demonstrativo de débito do Anexo F (fl. 939).

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 945), tendo o mesmo se manifestado às fls. 947 a 956. Inicialmente ressalta que acerca dos comentários dos autuantes de que tiveram dificuldades para obter informações do contribuinte não condiz com a realidade e requer que as razões sejam apreciadas em conformidade com a legislação em vigor.

Relativamente à infração 2, esclarece que continua envidando esforços junto a Suframa para obter certificado de internações das mercadorias.

Com relação à infração 3, diz que tendo sido acusado de utilizar indevidamente crédito presumido previsto no programa Bahiaplast, destaca que os autuantes glosaram créditos de duas operações distintas:

- devolução de vendas de mercadorias, e
- vendas resultante das industrializações para terceiros.

Quanto ao primeiro item, diz que os autuantes já fizeram os ajustes, tendo a empresa reconhecido e recolhido a diferença de R\$68.305,70, conforme DAE juntado à fl. 959.

Em relação às vendas resultantes de industrialização para terceiros, diz que reitera os argumentos constantes da impugnação inicial, por entender que os autuantes se equivocaram na interpretação do art. 9º do Decreto 7.439/98, que autoriza a usufruir do benefício fiscal do Bahiaplast, tendo em vista que se trata de operação de transformação de matérias primas recebidas de clientes efetuadas no seu estabelecimento, seguido da emissão de notas fiscais de serviços de industrialização, em consonância com os art. 9º e 10º do citado diploma legal. Contesta que não se aplica o art. 7º do citado Decreto, às operações de vendas efetuadas pelo seu estabelecimento, e deve ser cancelado o lançamento por ausência de base legal, já que o objetivo do Bahiaplast é a instalação de empresas para geração de emprego, o que ocorre nas operações de industrialização de terceiros.

No tocante à infração 4, relativo a falta de retenção de serviço de transportes de pessoal da empresa por transportador autônomo, contesta que os autuantes tentam enquadrar todos os serviços como intermunicipais, o que não é o caso. Afirma que nas notas fiscais emitidas pelas empresas foram destacados os roteiros efetuados, possibilitando identificar as operações, e dessa forma, já providenciou o recolhimento do valor de R\$1.521,61, conforme cópia do DAE juntado à fl.962.

Pondera que os autuantes não efetuaram os serviços de auditoria na empresa e não inspecionaram a documentação pertinente. Informa que no período fiscalizado possuía 274 empregados e entende ser desnecessário juntar todos os registros de empregados, mas se persistir dúvidas, requer que seja feita diligência para inspecionar os documentos que se fizerem necessários, em atendimento aos princípios da oficialidade e da verdade material.

No que tange à infração 9, relativo a utilização de crédito fiscal de mercadorias que não ingressaram no estabelecimento, bem como os fretes respectivos, diz que se refere a nota fiscal de faturamento nº 2828, que foram comprovados mediante intimações de acordo com o anexo 9 (fls. 875 a 907).

Com relação à infração 10, referente a falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota, diz que foram incluídas diversas operações indevidamente (remessas em substituição, conserto, devolução de serviços, remessa para demonstração, duplicidade de nota fiscal, amostra grátis, serviços gráficos, peças do imobilizado). Diz que os autuantes acataram as comprovações efetuadas pelo autuado, exceto as operações de remessa em substituição. Manifesta sua inconformidade em relação ao argumento dos autuantes de que as peças recebidas em substituição “se referem às compras para manutenção de máquinas adquiridas em outro estado”. Pondera que o ônus da prova é de quem acusa e que no seu entendimento, cabe aos autuantes comprovar a contabilização das peças glosadas como despesas ou custo, bem como, o pagamento das mercadorias consignadas nas notas fiscais, para que fiquem configuradas como compras.

Salienta que caso não seja acolhido o argumento de que se trata de operações de remessa em substituição, que seja realizada diligência para identificar a regularidade dos registros contábeis como despesa ou custo do ativo imobilizado.

Quanto à infração 11, relativo à utilização de crédito fiscal indevido de material de uso e consumo, refuta que se trata das mercadorias que os autuantes afirmam serem utilizadas pelo

estabelecimento. Reitera a afirmação de que não houve pagamento, e que de fato utilizou o crédito fiscal quando do recebimento das mercadorias. Num segundo momento, para corrigir esse erro, quando da devolução das peças recebidas, efetuou o débito na escrita fiscal visando anular o efeito do creditamento indevido, conforme demonstrado no anexo 8 (fls. 723 a 874).

Quanto à afirmação dos autuantes de que em relação ao débito fiscal, cabe pedido de devolução ou compensação, diz que no seu entendimento se cabe devolução, não existe débito e que a prática de débito e crédito tem o propósito de respeitar o princípio da não cumulatividade, e no caso de escrituração indevida, eliminar os efeitos para não influir em recolhimento do ICMS.

Relativamente à infração 12, reitera os argumentos apresentados na defesa inicial e quanto a informação fiscal, rebate dizendo que em relação a afirmação do autuante de que não foi apresentado o mapa de custo, esclarece que possui contabilidade de custo integrada com a escrituração contábil.

Quanto à resposta a intimações que foram feitas, informa que em resposta a intimação à fl. 39, esclareceu aos autuantes que não dispunha de arquivo específico e que todos os documentos estavam arquivados junto com os documentos da contabilidade.

Em relação às informações solicitadas nos itens 4 e 5 da intimação de 28/06/06, contesta dizendo que em relação a operação draw-back (4) e ZFM (5), a resposta se encontra à fl. 39 do PAF.

Conclui, requerendo a improcedência da autuação, nos exatos termos da impugnação e presente manifestação. Requer o direito de provar tudo que foi alegado, inclusive por meio de diligências fiscais.

Na Sessão de Julgamento realizada em 28/05/07, na defesa oral sustentada por representantes do autuado, fizeram esclarecimentos quanto as operações que resultaram as infrações 3, 4, 9 e 10, para tentar provar as alegações formuladas na defesa e na manifestação acerca da informação fiscal.

VOTO

O autuado solicitou a realização de diligência fiscal em relação à infração 10, para identificar o pagamento das mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação, os registros contábeis como despesa ou custo do ativo imobilizado. Indefiro o pedido de diligência, tendo em vista que a realização da mesma não produziria os efeitos requeridos pelo impugnante, de comprovar que não foi contabilizado como custo o registro dos pagamentos, em razão de que os documentos fiscais emitidos pelo estabelecimento autuado denotam que às operações em questão foi dado tratamento de permuta de valores de aquisição de mercadorias por valores de devolução por troca, o que enseja não ter contabilizado despesa/custo daquelas operações.

No mérito, o Auto de Infração acusa o cometimento de doze infrações.

Tendo o autuado reconhecido na impugnação apresentada, as infrações 5, 6 e 7 e não havendo qualquer discordância em relação a estas infrações, as mesmas devem ser mantidas na sua integralidade.

Quanto à infração 1, referente a falta de comprovação de efetivação de exportação, alegou que os autuantes se equivocaram juntou o Anexo 1 (fls. 367 a 425), para tentar comprovar que as exportações estão devidamente registradas e averbadas no SISCOMEX. Na informação fiscal, os autuantes esclareceram que embora não tenha sido comprovada a efetivação da exportação durante os trabalhos de fiscalização, fizeram consultas ao sistema integrado do MCEX relativo ao exercício de 2003, e constataram que as notas fiscais não registradas no exercício de 2003, encontram-se registradas no exercício de 2004.

Portanto, restou comprovada a efetivação das exportações relativas às mercadorias consignadas nas notas fiscais de nº 4196, 4261, 4290, 4306 e 4521, devendo ser afastada totalmente a exigência fiscal desta infração. Infração elidida.

Relativamente à infração 2, da falta de comprovação de internamento de mercadorias na Zona Franca de Manaus (ZFM), na defesa apresentada o autuado juntou com o Anexo 2 (fls. 426 a 430) diversos documentos para tentar comprovar a internação das mercadorias. Os autuantes esclareceram que os documentos apresentados juntos com a impugnação comprovam o ingresso na Zona Franca de Manaus, das notas fiscais de nºs “5529, 5531, 6596 e 6597”, conforme consulta ao SINTEGRA/SUFRAMA.

Pelo exposto, considerando que só foi comprovado o internamento de parte das mercadorias na ZFM, deve ser mantida a exigência fiscal em relação às mercadorias que não foi comprovado o seu internamento, haja vista que contraria o disposto na legislação do ICMS. Portanto, acato o demonstrativo de débito juntado pelos autuantes à fl. 922 e julgo parcialmente procedente esta infração, com valor devido de R\$5.577,82 de acordo com o mencionado demonstrativo. Infração parcialmente subsistente.

No tocante à infração 3, referente a utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, previsto no programa Bahiaplast, na defesa inicial o autuado contestou a acusação dizendo que procedeu corretamente o cálculo do crédito presumido em conformidade com os artigos 7º e 9º do Dec. 7.439/98. Esclareceu que a glossa dos créditos procedidos pela fiscalização se referem a operações de devolução de vendas e de industrialização efetuada para terceiros. Reconheceu como devidos os valores estornados de créditos de ICMS relativos a outras operações nos exercícios de 2003 e 2004, e no exercício de 2005, os valores de R\$8,26 e R\$66,74. Para tentar provar o alegado, juntou ao PAF o Anexo 3 (fls. 431 a 451), tendo recolhido a diferença de R\$68.305,70, conforme DAE juntado à fl. 959.

Na informação fiscal, os autuantes acataram a comprovação da regularidade dos créditos relativos à devoluções de vendas, reduzindo o débito no exercício de 2005 em R\$26.847,03, conforme demonstrativo juntado às fls. 923 e 924. Contestaram às operações de industrialização efetuada para terceiros, afirmando que contraria o estabelecido na regulamentação do programa Bahiaplast.

Pelo exposto, dos valores exigidos a lide permanece apenas em relação às operações de industrialização efetuadas para terceiros. Para facilitar a interpretação, transcrevo abaixo os dispositivos do enquadramento da infração nos artigos 7º, 9º, 10º e 13, § 1, II do Dec. 7.439/98:

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:

Art. 9º Fica concedido crédito presumido nas operações de saídas de produtos transformados, derivados de produtos químicos, petroquímicos básicos e petroquímicos intermediários, de estabelecimentos onde sejam exercidas atividades industriais indicadas no art. 10, desde que fabricados nesses estabelecimentos, observadas as condições estabelecidas nesta subseção.

Art. 10. Somente farão jus à utilização do crédito presumido previsto no artigo anterior os contribuintes industriais que exerçam atividades enquadradas na Classificação Nacional de Atividades Econômicas/Fiscal (CNAE-FISCAL) sob os códigos a seguir indicados:

Art. 13. O estabelecimento que inobservar qualquer das regras contidas neste Regulamento, sem prejuízo das demais previstas na legislação tributária, ficará sujeito à cassação de habilitação para:

- I - operar do regime de diferimento;*
- II - fazer jus à utilização de crédito presumido.*

§ 1º Na exigência do imposto de que trata o inciso II, deste artigo, observar-se-á o seguinte:

II - ocorrendo a hipótese de saldo de imposto a recolher naquela competência, após o estorno do crédito presumido utilizado indevidamente, reclamar-se-á o valor devido, sem prejuízo da aplicação da multa prevista na alínea "f", do inciso II, do art. 915 do RICMS/97.

Observo que o art. 9º prevê que o crédito presumido é apurado com base nas operações de saídas de produtos transformados em estabelecimentos onde sejam exercidas atividades industriais previstas no art. 10, estabelecendo como condição “desde que fabricados nesses estabelecimentos”.

Verifico que nos demonstrativos elaborados pelos autuantes (fls. 72 a 99), foram incluídas as operações de saídas identificadas com o Código Fiscal de Operação (CFOP) 6125, onde são classificadas as saídas de mercadorias industrializadas para outras empresas, em que as mercadorias recebidas para utilização no processo de industrialização não tenham transitado pelo estabelecimento do adquirente das mercadorias, compreendendo aos valores referentes aos serviços prestados e os das mercadorias de propriedade do industrializador empregadas no processo industrial.

Na assentada do julgamento, o representante do autuado, esclareceu que em relação às operações de industrialização realizadas para terceiros, recebeu a matéria prima (poliestireno) de clientes ou fornecedores, operação esta contemplada com suspensão do ICMS, e após efetuar a industrialização (sacolas plásticas), deu retorno da mercadoria industrializada e cobrou pelo serviço de industrialização.

O art. 9º do Dec. 7.439/98 estabelece que tem direito ao crédito fiscal presumido as operações de saídas de produtos onde foi exercida a atividade de industrialização. Na situação presente, com relação às operações de industrialização efetuada para terceiros, se o contribuinte recebeu insumos de terceiros com suspensão do ICMS, efetuou a transformação no seu estabelecimento, cobrou pelo serviço de industrialização, cujo valor é tributado pelo imposto, juntamente com o das mercadorias que industrializou, entendo que atendeu ao previsto no art. 9º do Dec. 7.439/98, ou seja “crédito presumido de produtos transformados, onde sejam exercidas atividades industriais, desde que fabricados nesses estabelecimentos”.

Considerando que um dos objetivos do programa BAHIAPLAST é fomentar a instalação de novos empreendimentos industriais de transformação petroquímica e plástica, com vistas à instalação, expansão, modernização, consolidação e manutenção de empresas do setor no parque industrial baiano, concluo que não há restrição na legislação específica de concessão do crédito presumido das operações de industrialização para terceiros, mesmo porque, se trata de operações efetivas de industrialização, a menos que ficasse provado que as operações não tivessem ocorrido.

Pelo exposto, concluo que é correta a utilização do crédito presumido relativo a estas operações, tomo como base os demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 72, 82 relativos aos exercícios de 2003 e 2004 e os que foram refeitos às fls. 923 e 924, referente ao exercício de 2005, faço a exclusão dos valores exigidos relativos às operações de saída com o CFOP 6125 (industrialização para terceiros), o que resulta em valor devido de R\$69.477,62, conforme demonstrativo abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Valor autuado	Fl.	(CFOP 6125)	Débito
31/01/03	09/02/03	8.471,06	72		8.471,06
28/02/03	09/03/03	10.378,38	72		10.378,38
31/05/03	09/06/03	3.901,34	72		3.901,34
31/07/03	09/08/03	854,50	72		854,50
30/08/03	09/09/03	61,91	72		61,91
31/10/03	09/11/03	9.720,00	72		9.720,00
31/12/03	09/01/04	3.503,57	72		3.503,57
Subtotal		36.890,76			36.890,76
31/01/04	09/02/04	37,40	82		37,40
28/02/04	09/03/04	31.668,88	82	31.668,88	0,00
31/03/04	09/04/04	52.062,57	82	42.893,03	9.169,54
30/04/04	09/05/04	28.406,63	82	26.769,83	1.636,80
31/05/04	09/06/04	39.500,96	82	38.212,14	1.288,82
30/06/04	09/07/04	29.037,90	83	24.282,72	4.755,18
31/07/04	09/08/04	31.327,60	83	26.132,12	5.195,48
31/08/04	09/09/04	55.745,30	83	53.451,71	2.293,59
30/09/04	09/10/04	43.221,45	83	35.743,20	7.478,25
31/10/04	09/11/04	51.104,47	83	51.104,47	0,00
30/11/04	09/12/04	45.409,31	83	45.394,12	15,19
31/12/04	09/01/05	29.281,42	83	28.639,80	641,62
Subtotal		436.803,89			32.511,87
31/01/05	09/02/05	29.953,22	923	29.953,22	0,00
28/01/05	09/03/05	11.119,35	923	11.119,35	0,00
31/03/05	09/04/05	2.171,43	923	2.163,17	8,26
30/04/05	09/05/05	12.114,28	923	12.114,28	0,00
31/05/05	09/06/05	10.615,23	923	10.615,23	0,00
30/06/05	09/07/05	14.846,17	923	14.846,17	0,00
31/07/05	09/08/05	15.178,28	924	15.178,28	0,00
31/08/05	09/09/05	50.182,98	924	50.182,98	0,00
30/09/05	09/10/05	54.571,91	924	54.505,18	66,73
31/10/05	09/11/05	16.076,96	924	16.076,96	0,00
31/12/05	09/01/06	12.950,77	924	12.950,77	0,00
Subtotal		229.780,58			74,99
Total					69.477,62

Quanto ao argumento dos autuantes de que o contribuinte foi autuado pela mesma infração no AI nº 232946.0002/05-6, e que o mesmo foi julgado totalmente procedente, não pode ser acatado tendo em vista que Acórdão JJF nº 0365-01/05, indica que a infração 1, que tratava de infração similar, foi reconhecida pelo autuado na defesa apresentada. Portanto, não tendo se defendido da infração da mesma natureza, não se sabe quais operações foram objeto daquela exigência fiscal, haja vista que não foi apreciado no julgamento da citada decisão, qualquer contestação à infração 1 daquela autuação. Concluo pelo julgamento da procedência parcial desta infração.

No tocante à infração 4, referente a falta de retenção do ICMS, o autuado alegou na impugnação inicial que os autuantes não separaram as operações de transportes municipais das intermunicipais prestadas pela empresa Laik-Kar Serviço de Transporte Ltda. Juntou às fls. 452 a 502, relação e cópia das notas fiscais, reconhecendo que ocorreram operações de transportes intermunicipais, com valor total devido de R\$1.521,61, sendo R\$936,05 no exercício de 2003 e R\$585,56 para o exercício de 2004.

Por sua vez, os autuantes acataram em parte os documentos juntados com a defesa e elaboraram o demonstrativo às fls. 926 e 927, o que resultou em valor devido de R\$2.824,20 no exercício de 2003 e R\$23.042,03 no exercício de 2004, conforme demonstrativo à fl. 928.

A empresa juntou uma relação das notas fiscais, mas não indicou quais operações contratadas de transportes eram municipais ou intermunicipais, enquanto os autuantes indicaram as notas fiscais e valores (fls. 926/927), mas não apontaram a quais operações se referiam. Pelo confronto das notas fiscais juntadas com a defesa às fls. 453 a 502, com o demonstrativo elaborado pelos autuantes, constato que o imposto devido relativo às operações de transportes intermunicipais consignadas nas notas fiscais juntadas ao processo totaliza R\$936,05 no exercício de 2003 e R\$585,56 no exercício de 2004, conforme demonstrativo abaixo. Infração parcialmente subsistente.

Data Ocorr	Data Veneto	Nota Fiscal	Fl.	BC/ICMS	Fl.	Operação	Aliq.%	Débito
		192	453	0,00		Fabrica/Camaçari		
31/01/03	09/02/03	193	454	294,00	926	Cam/SSA	17,00	49,98
		194	455	750,00	926	Cam/Arembepe		
		201	454	0,00	926	Cam/Fabrica		
						Cam/aeroporto/D. Dávila		
		202	457	89,10	926		17,00	15,15
		207	458	200,00	926	Cam/aeroporto	17,00	34,00
28/02/03	09/03/03	Subtotal						49,15
		209	459	0,00	926	Cam/Fabrica		
		215	460	0,00	926	Cam/Fabrica		
		224	461	0,00	926	Cam/Fabrica		
31/05/03	09/06/03	225	462	180,00	926	Cam/SSA	17,00	30,60
30/06/03	09/07/03	237	463	558,00	926	Cam/SSA	17,00	94,86
		238	464	0,00		Cam/Fabrica		
		251	465			Cam/Fabrica		
31/07/03	09/08/03	252	466	108,00		Cam/SSA	17,00	18,36
		268	467			Cam/Fabrica		
30/08/03	09/09/03	269	468	474,00	926		17,00	80,58
		288	469			Cam/Fabrica		
30/09/03	09/09/03	289	470	244,00	926	Cam/SSA	17,00	41,48
		309	471			Cam/Fabrica		
31/10/03	09/11/03	310	472	195,50	926	Cam/SSA/Dias Davila	17,00	33,24
		326	473	350,00	926	Cam/SSA	17,00	59,50
		327	474	1.449,50	926	Diversos/SSA	17,00	246,42
30/11/03	09/12/03	Subtotal						305,92
		342	475	650,00	926	Arembepe/SSA	17,00	110,50
		343	476	714,00	926	Diversos/SSA	17,00	121,38
31/12/03	09/01/04	Subtotal						231,88
Total/2003								936,05
		368	477	900,00	927	Cam/Aeroporto	17,00	153,00
		370	478	506,50	927	Fab/SSA/Cachoeira	17,00	86,11
31/01/04	09/02/04	Subtotal						239,11
		384	479			Cam/Fabrica		
28/02/04	09/03/04	385	480	144,00	927	Fab/SSA	17,00	24,48
31/03/04	09/04/04	402	481	175,00	927	Fabr/SSA/Aeroporto	17,00	29,75
		403	482		927	Fab/Arembepe		
		404	483		927	Fab/Camaçari		
		418	484	250,00	927	Fab/Aeroporto	17,00	42,50
		419	485			Fabr/CAM/Arembepe		
		432	486	900,00	927	Fab/Sauípe/Feira Santana	17,00	153,00
30/04/04	09/05/04	Subtotal						195,50
		436	487			Cam/Fabrica		
31/05/04	09/06/04	437	488	215,00	927	Fab/SSA/Aeroporto	17,00	36,55

		452	489			Cam/Fabrica		
30/06/04	09/07/04	453	490	36,00	927	Fab/SSA	17,00	6,12
		470	491			Cam/Fabrica		
		471	492			Cam/Fabrica		
		494	493			Cam/Fabrica		
		495	494			Cam/Fabrica		
		504	495			Cam/Fabrica		
		510	496	108,00	927	Fab/SSA	17,00	18,36
		524	497			Cam/Fabrica		
		525	498	180,00	927	Fab/SSA	17,00	30,60
30/09/04	09/10/04	Subtotal						48,96
		539	499			Cam/Fabrica		
		540	500			Cam/Fab/Arembepe		
		556	501			Cam/Fabrica		
31/12/04	09/01/05	557	502	30,00		Fab/Simões Filho	17,00	5,10
Total/2004								585,57
Total 2003/2004								1.521,62

Com relação à infração 8, referente ao desencontro entre o valor do imposto escriturado e o recolhido, na defesa apresentada o recorrente alegou que já tinha efetuado o pagamento espontaneamente dos valores exigidos, o que foi acatado pelos autuantes, no momento da informação fiscal. Verifico que as cópias dos DAEs juntados com a defesa às fls. 503 a 506, comprovam que os valores exigidos na autuação de R\$6.951,88, R\$4.368,02 e R\$653,77, foram efetivamente recolhidos em 28/06/05. Logo, devem ser afastados integralmente os valores exigidos nesta infração. Infração insubstancial.

Relativamente à infração 9, utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, na impugnação o autuado contestou a acusação de que não houve ingresso das mercadorias no estabelecimento, afirmando que a nota fiscal de nº 2828 foi citada indevidamente nas notas fiscais de remessa de produtos adquiridos, conforme cartas de correções e notas fiscais de faturamento de nº 2703; 2706; 2711, emitidas pela empresa Sol América Indústria e Beneficiamento de Plásticos Ltda e que inexistia conhecimentos de transportes, pelo fato de que as mercadorias foram adquiridas com cláusula CIF. Juntou com a defesa às fls. 507 a 560, diversos documentos para tentar provar o alegado.

Na informação fiscal, os autuantes contestaram os argumentos defensivos e indicaram uma série de indícios para caracterizar que não houve circulação física dos produtos que a empresa registrou como compras na sua contabilidade, conforme demonstrativo à fl. 235, e cópia das notas fiscais de simples remessa juntadas às fls. 238 a 249, constando na maioria delas que se trata de faturamento pela nota fiscal de nº 2828 de 02/06/03, sem que a empresa apresentasse os conhecimentos de transportes e comprovação dos recebimentos dos produtos, mesmo intimada (fl. 237).

Da análise dos documentos juntados ao processo, conforme ressaltado pelos autuantes, faço as seguintes constatações:

- a) a nota fiscal de nº 2828, referenciada nas notas fiscais originais não foi trazida ao processo, mesmo tendo sido intimado pela fiscalização (fl. 237);
- b) as notas fiscais de nº 2998, 3002, 3012, 3028, 3032, 3035, 3079, 3095 e 3125 (fls. 238 a 247) foram emitidas por sistema de processamento de dados, enquanto às notas fiscais de nºs 2703, 2706 e 2711, cujas cópias foram juntadas com a defesa (fls. 508 a 512), como se fossem as verdadeiras notas de faturamento, foram emitidas manuscritas. Causa estranheza que a empresa usuária de sistema de processamento de dados tenha emitido nota fiscal em substituição de forma manuscrita;

- c) no corpo das notas fiscais 2703, 2706 e 2711 é indicado que o frete é por conta do destinatário, sem indicar o transportador, tendo sido juntado carta de correção, indicando que o frete era por conta do emitente. Observo que nas notas fiscais originais foi indicado que o frete era CIF, na nota emitida em substituição foi indicado que o frete era FOB e carta de correção indica que o frete era CIF. Verifico que nenhuma das notas fiscais foi indicada quem era o transportador das mercadorias, sendo que nas notas fiscais indicadas como verdadeiras foi grafado como transportador o “destinatário”. Neste caso, mesmo que as mercadorias fossem transportadas pelo fornecedor, em se tratando de operação interestadual deveria ter sido identificado o transportador e veículo, o que não ocorreu;
- d) as NFs de simples remessa não foram visadas em postos fiscais, no trajeto entre o Estado de São Paulo e da Bahia;
- e) os autuantes juntaram relatório Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT, fls. 262 a 264), no qual não consta entradas das mercadorias no Estado da Bahia;
- f) não há comprovação dos pagamentos.

Pelo acima exposto, concluo de que não há prova nos autos de que ocorreu circulação física das mercadorias consignadas nas notas fiscais objeto da autuação, entre o estabelecimento fornecedor e o autuado e, portanto, ilegítimo a utilização do crédito fiscal correspondente. Infração subsistente.

Com relação à infração 10, do recolhimento a menos do ICMS de diferença de alíquota, o autuado alegou na defesa inicial que no levantamento fiscal foram incluídas diversas operações que não são fatos geradores do imposto (fls. 561 a 563), a exemplo de: remessa em substituições; retorno de Conserto; serviço de industrialização; demonstração; duplicidade; amostra grátis; serviços gráficos; recebimento de peças do ativo immobilizado.

Na informação fiscal, os autuantes acataram a maior parte das notas fiscais e contestaram as notas fiscais relativas a mercadorias recebidas em substituição de peças defeituosas, por entender que se caracterizam como material de uso ou consumo, conforme demonstrativo juntado às fls. 928 a 938, reduzindo o débito de R\$28.991,33 para R\$25.866,23.

No momento que tomou conhecimento da informação fiscal o impugnante mostrou-se inconformado por não ter sido acatado as peças recebidas em substituição, por entender que “se referem às compras para manutenção de máquinas adquiridas em outro estado”.

Os documentos juntados com a defesa às fls. 564 a 624, indicam que a maioria dos produtos foram fornecidos pela empresa Polimáquinas Indústria e Comércio Ltda, e alguns pela empresa Rulli Standard – Indústria e Comércio de Máquinas Ltda, ambas localizadas no Estado de São Paulo. Verifico que nas notas fiscais, apresentam na sua maioria os seguintes dados:

- 1) CFOP 6949 – Remessa empréstimo, contendo em algumas delas a expressão “Material que segue para empréstimo devendo retornar...” (fls. 564 a 569), ou “Material que segue para substituição e troca com posterior cobrança...” (fl. 570, 574), ou “Material de n/propr. que segue p/troca, devendo retornar a peça substituída” (fl. 628);
- 2) Para cada nota fiscal, o autuado emitiu uma nota fiscal de devolução correspondente, indicando no corpo da nota fiscal que se trata de “devolução de empréstimo”, conforme cópias de notas fiscais juntadas às fls. 565 a 629.

Conforme acima analisado, concluo que pela natureza das operações de recebimentos de peças para serem empregadas nos seus equipamentos e máquinas, configuram como peças de reposição, portanto material de uso ou consumo do estabelecimento. Conforme ressaltado pelos autuantes, nas notas fiscais emitidas pelos fornecedores foi indicado que as peças seriam substituídas “por troca”, com cobrança posterior, com retorno das peças substituídas. Logo, ficou

caracterizado que o estabelecimento autuado recebeu uma peça nova e em seguida remeteu a peça usada correspondente. Neste caso, mesmo que financeiramente tenha havido compensação do valor da peça usada no pagamento da peça nova, tratam-se de duas operações distintas: No ato do recebimento da peça nova, ocorreu o fato gerador do ICMS da diferença de alíquota, tendo em vista que se trata de operação de aquisição de material de uso ou consumo. Já na operação de remessa de peças usadas, a mesma poderia ser caracterizada como sucata, se imprestável para uso (cujo ICMS poderia ser deferido nas operações internas e tributado nas operações interestaduais), ou mercadoria usada, se puder ser utilizada e tiver valor de revenda, cuja operação é tributada com redução de base de cálculo.

Em qualquer situação acima descrita, não é razoável acatar o procedimento adotado pelo autuado, ao “devolver” peça usada em substituição pelo mesmo valor da peça nova que recebeu a título de “emprestimo”, tendo em vista que não se trata de operações com valores iguais. Ademais, não foi trazido ao processo qualquer prova do faturamento por meio de nota fiscal do valor da cobrança posterior, conforme indicado nas notas fiscais emitida pelos fornecedores.

Quanto ao argumento defensivo de que deveria ser comprovado a contabilização das peças glosadas como despesas ou custo e o seu pagamento, para que ficasse configurado como compra, não pode ser acatada, haja vista que, conforme anteriormente apreciado, o recebimento da mercadoria nova configura fato gerador do ICMS da diferença de alíquota e caso tenha havido compensação do valor pago do valor relativo à peça substituída, trata-se de outra operação distinta da anterior.

Pelo acima exposto, concluo que de fato ocorreu aquisição de peças de reposição das operações objeto da autuação e consequentemente o fato gerador do ICMS da diferença de alíquota. Acato o demonstrativo elaborado pelos autuante no momento da informação fiscal à fl. 928 e considero devido o valor de R\$2.824,20 no exercício de 2003 e R\$23.042,03 no exercício de 2004, totalizando débito de R\$25.866,23.

Com relação à infração 11, utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, o autuado:

- a) reconheceu a procedência parcial, como utilização indevida de crédito fiscal;
- b) mas que os créditos fiscais utilizados relativos a mercadorias recebidas em substituição, foram eliminados com os débitos fiscais escriturados quando efetuou as devoluções das “mesmas”. Para tentar provar esta alegação à fl. 723, um demonstrativo indicando as notas fiscais emitidas pelos fornecedores e a respectiva nota fiscal de devolução.

Conforme apreciado na infração anterior, a operação de recebimento de peça nova a título de empréstimo caracteriza uma aquisição de material de uso ou consumo, cujo fato gerador é a entrada no estabelecimento, sendo vedado à utilização do crédito fiscal, nos termos do art. 93, V, “b” do RICMS/BA. Já a operação de remessa de peça usada, caracteriza outra operação distinta de saída de mercadoria do estabelecimento, tendo em vista que as peças devolvidas são as peças usadas de propriedade da empresa e não as mesmas peças que foram recebidas, não podendo ser acolhido o argumento defensivo de que se trata de uma anulação da operação, e que o débito e o crédito fiscal se anulam. Conforme ressaltado pelos autuantes, se comprovado que ocorreram débitos gerados indevidamente pelas devoluções, cabe ao contribuinte pleitear a sua restituição.

Com relação à infração 12, referente à aplicação de multa fixa por falta de atendimento a intimações, o autuado na sua defesa alegou que atendeu todas intimações feitas pela fiscalização, inclusive por email e telefone. Juntou às fls. 875 a 908, diversos documentos para tentar provar o alegado.

Os autuantes contestaram as alegações defensivas, dizendo que os documentos juntados ao processo provam que o autuado não atendeu as intimações como afirmou.

Pela análise dos documentos juntados às fls. 16 a 32, verifico que:

- a) a primeira intimação feita para apresentação de livros e documentos, com prazo de 48 horas, data do dia 30/06/06 (fl. 17);
- b) a segunda intimação foi feita no dia 11/07/06 (fl. 19), com prazo também de 48 horas, na qual constam re-intimação para apresentação de vários documentos, entre outros, os livros de Registro de Inventário, Razão e de Controle da Produção e Estoque (CPE) e Documentos de Arrecadação Estadual (DAE);
- c) a terceira intimação foi feita no dia 24/07/06 (fl. 21), com prazo também de 48 horas, na qual constam re-intimação, para apresentação de diversos documentos, entre eles o livro de Registro de Inventário, Razão e de CPE;
- d) a quarta intimação foi feita no dia 04/08/06 (fl. 23), com prazo também de 48 horas, na qual constam re-intimação, entre outros documentos, o livro CPE e diversos documentos relativos à importações de comprovação de internamento de mercadorias na Zona Franca de Manaus;
- e) Uma nova intimação foi feita no dia 14/08/06 (fl. 30), na qual consta a requisição dos livros de Apuração do ICMS e de Entrada e Saída de Mercadorias;
- f) No dia 22/08/06 (fl. 32), foi expedida nova intimação, intitulada como 5^a, na qual é exigido diversos documentos fiscais, inclusive relativos à importações e exportações, bem como uma outra intimação (fl. 33), para apresentação de livros e documentos dos mesmos livros exigidos no dia 14/08/06 e outra intimação para esclarecimentos (fl. 34).

Os documentos acostados às fls. 36 a 54 referem-se à comprovante de entregas de documentos e de justificativas relativas a intimações feitas pela fiscalização.

Pelo exposto, não pode ser acatada a alegação defensiva de que apresentou todos os documentos exigidos pela fiscalização e prestou os esclarecimentos necessários (custo, arquivos, ZFM, etc.), tendo em vista que pela sequência das intimações acima relacionadas, restou comprovado que o contribuinte deixou de apresentar diversos livros fiscais como os de Apuração de ICMS e de Registro de Entrada e Saída de Mercadorias, bem como documentos relativos a exportações, que conforme argumentou os autuantes, só foram apresentados juntos com a defesa, inclusive tendo sido acatados, o que elidiu a primeira infração.

Assim sendo, considero corretas as multas aplicadas, pelo não atendimento da primeira intimação, da segunda e terceira, e pela quarta e quinta, conforme apontadas na autuação. Infração subsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro resumo abaixo, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Infração	Valor devido	Conclusão
1	0,00	Improcedente
2	5.577,82	Procedente em parte
3	69.477,62	Procedente em parte
4	1.521,62	Proc. em parte
5	7.640,39	Procedente
6	881,87	Procedente
7	9.870,02	Procedente
8	0,00	Improcedente
9	123.970,00	Procedente
10	25.866,23	Procedente em parte
11	15.543,29	Procedente
Total	260.348,89	
12	1.380,00	Procedente

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232946.0002/06-4 lavrado contra **SOL EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$260.348,89** acrescido das multas de 60% sobre R\$126.508,87, 70% sobre R\$9.870,02 e 150% sobre R\$123.970,00 previstas no art. 42, II, “a”, “b”, “f”, e “e”, III, V, “b”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.380,00** prevista no inciso XX do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

LUÍS ROBERTO SOUSA GOUVÉA - JULGADOR

RAIMUNDO OLIVEIROS DOS SANTOS - JULGADOR