

A. I. Nº - 086974.0010/07-5
AUTUADO - SOL DASLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - DURVAL GALEÃO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 13.03.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0026-02/08

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Mantida a exigência fiscal. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao ativo imobilizado, é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. 2. VENDAS PARA ENTREGA FUTURA. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS NAS REMESSAS DOS PRODUTOS TRIBUTÁVEIS. O contribuinte devidamente intimado não comprovou emissão de notas fiscais para o valor total da operação. 3. ALÍQUOTA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS DESTINADAS A NÃO CONTRIBUINTES. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. Estando o destinatário localizado em outro Estado e não sendo contribuinte do ICMS, a alíquota aplicável é a prevista para as operações internas. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos comprovam que o volume das mercadorias negociadas revela a intenção de revenda. 5. PROGRAMA BAHIAPLAST. CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO. UTILIZAÇÃO EM OPERAÇÕES NÃO ALCANÇADAS PELO BENEFÍCIO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A Resolução nº 12/99 do BAHIAPLAST é clara quando determina que o crédito presumido de 50% refere-se às operações de saídas interestaduais de peças injetadas em polietileno de alta densidade. As saídas interestaduais de “compostos” não estão amparadas pelo citado benefício, visto que tais produtos não correspondem àqueles especificados na Resolução supracitada. O incentivo fiscal do BAHIAPLAST concedendo crédito presumido nas operações de saídas de produtos transformados, promovidas por estabelecimento industrial, não se aplica às operações de revenda de produtos adquiridos de terceiros, sem submissão de qualquer processo de transformação por parte do beneficiário. Infrações subsistentes. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2007, exige ICMS no valor histórico de R\$415.191,02, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$13.328,34, 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.
2. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, com ICMS devido no valor de R\$7.942,31. Consta do campo “Descrição dos Fatos” que a infração foi caracterizada pela falta de emissão de notas fiscais de saídas efetivas nas Remessas de produtos tributáveis vendido para entrega futura no exercício de 2004 para CITEC, sendo que o valor do simples faturamento no valor recebido de R\$465.575,26, tendo efetuado remessas (saídas) efetivas no valor R\$418.855,77 com emissão de notas fiscais, falta a remessa no valor de R\$46.719,49, salientando que não houve desfazimento de nenhum valor recebido.
3. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$3.366,35, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta do campo “Descrição dos Fatos” que o autuado efetuou vendas de produtos acabados a não contribuinte de outros estados com alíquota de 12% sem inclusão do IPI, nos caos de venda a não contribuinte a empresa deveria usar a alíquota de 17% e incluir o IPI na base de cálculo, caracterizando neste caso, omissão de pagamento de imposto (ICMS) através de aplicação de alíquota menor que a devida. Na vendas a Produtores Rurais a nota fiscal deverá constar que se destinada a produtores e fazer menção ao artigo 29 da Lei nº 10.637/2002, que suspende a incidência de IPI.
4. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$16.299,06, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizada para contribuintes localizados neste Estado. Consta do campo “Descrição dos Fatos” que o autuado efetuou vendas de produtos acabados (mercadorias) a contribuintes não inscritos dentro do estado, onde deixou de efetuar a Antecipação Tributária de produtos do Anexo 89 item 20 do RICMS/BA e artigo 353, inciso I do Dec. 6.284/97, cuja verificação se deu pelo fato de grandes quantidades de saídas para pessoas sem inscrição estadual e sem CNPJ usando somente o CPF, sendo aplicado a alíquota de 17% e MVA de 20%.
5. Utilização indevida de crédito fiscal presumindo de ICMS, previsto pelo Programa Bahiaplast, que após estornado constituiu saldo de ICMS a recolher no valor de R\$374.254,96. Consta do campo “Descrição dos Fatos” que o autuado utilizou crédito fiscal presumido nas vendas internas e interestaduais de produtos não acabados, como (Composto, composto máster branco, composto a 50%, composto a 40%, composto enriquecido U3), sem incidência do IPI, cujas vendas não estão amparadas pelo benefício, pois não correspondem aquelas especificadas nas Resoluções de nºs 12/99 e 09/03, bem como, não sendo peças e sim composto, deveria observar o disposto no art. 9º que trata das saídas de produtos transformados de estabelecimento industriais com atividades econômicas indicadas no art. 10 do Decreto nº 7.439/98. A empresa em tela tem como Atividade Econômica Principal a fabricação de embalagens de material plástico com CNAE-FISCAL 2222-6/00 não contemplado no artigo 10 do citado decreto. Salientando que a empresa autuada faz remessas para São Paulo de POLIETILENO para industrialização de COMPOSTOS por outras empresas industriais conforme diversas notas fiscais a exemplo das de nºs. 18207, 19279 e 19280 anexas.

O autuado impugnou o lançamento tributário, folhas 421 a 429, inicialmente destacando o bom relacionamento entre o fisco e o contribuinte e a reconhecida capacidade técnica dos prepostos fiscais da SEFAZ/BA.

Prosseguindo, discorre a respeito do Princípio da Verdade Material, ressaltando que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco.

Quanto ao mérito, assevera que a ação fiscal é, na sua maior parte, improcedente.

No tocante a infração 01, aduz que o autuante apresenta uma planilha, onde estão evidenciados, mensalmente para os exercícios de 2004, 2005 e 2006, os valores apurados como recolhidos a

menos. Todavia, não relaciona as notas fiscais que compuseram a base de cálculo para cada período. Dessa forma, entende o autuado, que os valores apresentados não vêm acobertados da consistência necessárias, para a lavratura do Auto de Infração, cerceando o direito de defesa da impugnante, haja vista, que não possuem elementos para contestar a acusação.

Em relação a infração 02, diz que o autuante alega que o valor da operação de saídas para entrega futura, ocorrida no exercício de 2004, não fechou com o valor apurado, enviado como venda para concluir a operação. Conforme evidenciado no auto de Infração, o autuante procedeu a essa verificação até o exercício de 2006, período esse, solicitado para fiscalizar. Argumenta que em função do sinistro ocorrido nas dependências da impugnante, está contatando as empresas envolvidas na operação para comprovar os fatos.

Relativamente a infração 03, apenas transcreve a imputação.

No tocante a infração 04, alega que o autuante apenas observou o item I do artigo 353 do RICMS/97, entretanto, no item II do mesmo artigo, encontra-se relacionadas às mercadorias que devem sofrer a antecipação tributária por parte do contribuinte alienante. Porém, não encontra-se ali elencadas as mercadorias comercializadas pela autuado, bem como no Anexo 89, também citado pelo autuante.

Em relação à citação do autuante de a quantidade de mercadorias vendidas era relevante, para que fosse para consumidor final, argumenta que em nenhum momento o diploma legal citado, afirma que a substituição tributária ocorrerá em função de quantidades, havendo presunção do autuante. Desta forma, entende que as alíquotas aplicadas pelo sujeito passivo estão corretas, sendo improcedente a infração.

No que tange a infração 05, da aplicação indevida do crédito presumido nas saídas internas e interestaduais de produtos não acabado (composto), salienta que o argumento apresentado pelo autuante é que o código (CNAE-FISCAL) da empresa, no cadastro da SEFAZ, conta o de número 2222-6/00. Frisa que na Lei 7439/98, que é trazida a baila nesse tópico, em nenhum momento expõe que os códigos (CNAE-FISCAL) lá evidenciados nos artigos 7º e 9º, deverão obrigatoriamente, estarem explícitos no cadastro da SEFAZ. Bastando um consulta no Contrato Social do autuado e suas Alterações para concluir que o objeto social da empresa enquadra-se perfeitamente nos códigos citados na Resolução 12/1999, referendada pela Resolução 09/2003.

Ressalta que no início do exercício de 2007 a extinta Secretaria da Receita Federal, realizou um procedimento interno, para adequar o CNAE-FISCAL, no cadastro das empresas ao fornecido pelo IBGE e que passou a vigorar a partir de 01/01/2007. Só que, nesse processamento terminou por alterar o código de várias empresas, par atividades que ela não exercia. Daí, o motivo de no cadastro da SEFAZ encontra-se evidenciado o código 2222-6/00.

Assevera que as mercadorias vendidas foram produzidas pela impugnante, assim, sendo estão acobertadas pelo programa BAHIAPLAST. Na verdade as vendas internas estão acobertadas pelo deferimento da Lei nº 7.439/98, Parágrafo Único, do artigo 7º, o que significa dizer que a impugnante tem direito ao crédito pelo pagamento indevido.

Ao finalizar, requer a improcedência do auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 432/437, o autuante não acatou as alegações defensivas, informando que ratifica todos os itens da autuação, uma vez que o autuado não apresentou provas ou documentos substanciais para elidir as infrações.

Em relação a infração 01, assevera que não é verdade as alegações defensivas de que nas planilhas elaborada pela fiscalização conste simplesmente os valores recolhidos a menos e que não foram relacionadas as notas fiscais, bastando examinar os documentos às folhas 26 a 34, onde foram listados todas as notas fiscais, seus números e seus créditos, todos CNPJ's e Inscrições

Estaduais, os Estados de origem dos fornecedores, os CFOP's, como foram anexados visas (3^a ou 4^a) originais e cópias dos documentos fiscais listados. Nestas listagens analíticas, foram apresentados a base de cálculo, o crédito e o débito, e feito uma planilha à parte, demonstrando os valores encontrados por este preposto e o recolhido a menos pela empresa, folhas 24 e 25. As notas fiscais foram adquiridas no CFAMT da SEFAZ, estando demonstrada a verdade material.

Relativamente a infração 02, salienta que, embora o autuado teve 30 dias, não impugnou, apenas informou que estava contando as empresas envolvidas. Informa o autuante que em 21 de maio de 2007, passou fax, folha 22 e 23, para o responsável da empresa junto a esta fiscalização, onde informava que desde 30/08/2000 a empresa foi autorizada a emitir documentos e livros fiscais pro processamento mecanizados (SEPD), podendo a qualquer momento dispor de qualquer informação fiscal, pois estas informações se encontram na memória de seus equipamentos.

Informa ainda, que não se trata de empresas envolvidas, e sim de uma única empresa, a CITEC Industrial Ltda., inscrita no Cadastro Estadual sob nº 55.273.332 e CNPJ 04.402.261/0001-99, localizada no Estado da Bahia, na Via axial Pólo Petroquímico de Camaraçí, bem perto e próximo para se adquirir informações.

Ressalta que demonstrou analiticamente nos anexos acostados às folhas 175 a 177, as notas fiscais, seus números, valores, suas datas, origens, CFOP's, tanto do Simples Faturamento a Venda para Entrega Futura (CFOP 5.922) sem tributação, como das Remessas posteriores com tributação (CFOP 5.116). Frisa que o autuado é possuidor de seus arquivos magnéticos e tendo cópias na SEFAZ, e utilizando o (SEPD) autorizado pela SEFAZ desde o ano 2000, fica descartada a alegação do sinistro para não impugnar esta infração. Destaca que também analisou e constatou que no arquivo da empresa CITEC consta o pagamento das Notas Fiscais nº's 19.940 e 20.404 com CFOP1. 922 no valor de R\$465.575,26 e o recebimento a menos, CFOP 1.116 e 1.117, conforme está provado e demonstrado a verdade material da infração.

No tocante a infração 03, frisa que o autuado nada impugnou nesta infração. Aduz que as mercadorias foram vendidas a consumidores finais ou a contribuintes não inscritos, mediante CPF, onde os adquirentes não possuíam CNPJ e nem Inscrições Cadastral em seus Estados. Quando se tratavam de Produtores Rurais não inscritos, mas com menção do Art. 29 da Lei 10.637/02 todas as vendas foram consideradas normais, sendo os demonstrativos às folhas 178 a 181 são bastante elucidativos.

No que concerne a infração 04, considera totalmente equivocadas as argumentações do autuado, pois o enquadramento desta infração está correto. Destaca que, nas vendas a não contribuintes inscritos, ou contribuintes não inscritos, há de se considerar a Substituição Tributária sim, em função das quantidades e de seu destino, uma vez definido no RICMS/Ba, em seu Art. 36 – “Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial,...” Os Anexos às folhas 196 a 203 estão bem demonstrados analiticamente, e as cópias dos documentos fiscais para demonstrar o volume ou quantidades que caracteriza o intuito comercial.

Destaca que a antecipação subjetiva está prevista no item I do Art. 353 e Anexo 88 onde define a MVA dos produtos. Nos demonstrativos, fls. 196 a 203, mostram detalhadamente que foram efetuadas vendas a contribuintes não inscritos, utilizando-se somente o CPF, nestes casos é previsto a antecipação subjetiva.

Quanto a infração 05, salienta que foram juntados 02 (dois) documentos às folhas 331 e 332, onde o “Composto” foi produzido por outras indústrias. Também, foram juntados os anexos e Demonstrativos às folhas 253 a 258, para mostrar com clareza os valores dos créditos fiscais presumidos, que deveriam ser usados pela empresa, com as exclusões dos “Compostos”, e os utilizados a maior pela empresa.

Informa que teve o cuidado de solicitar orientações da GETRI/GECOT sobre 02 (dois) aspectos:

1º) Se a empresa, com o benefício do Bahiaplast, teria direito a redução de alíquotas de 17% para 7% nas vendas efetuadas a microempresa. “Resposta positiva da GECOT”.

2º) Sobre a interpretação das Resoluções 12/99 e 09/03, no que tange a vendas de “Compostos” á outras industriais e o benefício previsto para “Peças Injetadas em Polietileno de alta densidade”. Com resposta negativa, conforme documentos à folha 349, onde diz claramente que o benefício é para “Peças Injetadas em Polietileno” e não para “Compostos” por não estarem amparados pelo benefício, pois, nem houve tributação do IPI para esses “Compostos”.

Destaca que verificou que as peças fabricadas pelo autuado saíam com tributação do ICMS e do IPI, e os “Compostos” saíram somente com tributação do IPI. As saídas de “Compostos” para outras unidades da Federação, para confecções de produtos acabados (Peças), somente vem beneficiar as indústrias de outros Estados, indo de encontro com o tratamento previsto no Bahiaplast, onde visa incentivar as instalações e modernizações das indústrias baianas de transformações plásticas.

Assevera que o produto “Composto” não tem direito ao crédito presumido, pois a própria impugnante declara em sua peça defensiva que suas vendas internas de “Compostos”, tem a cobertura do diferimento, previsto na Lei nº 7.439/98, Parágrafo único do artigo 7º. Argumenta que há contradição por parte da impugnante, uma vez que o benefício das Resoluções nºs 12/99 e 09/03 é para “Peças Injetáveis em Polietileno de Alta Densidade”, com débitos do ICMS e do IPI, não existindo, portanto, o benefício do diferimento para essas peças fabricadas. Enquanto os “Compostos” referidos pela autuada, em sua impugnação às folhas 428 e 429, estes sim poderiam ter o benefício do diferimento nas saídas internas, conforme determina o § 1º do artigo 7º da Lei nº 7.439/98, com observância dos §§ 3º e 4º do mesmo artigo, porém, sem o benefício do crédito fiscal presumido.

Ao final, opina pela procedência do Auto de Infração.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo decidido por sua conversão em diligência a INFRAZ DE ORIGEM, para que fosse entregue cópia dos demonstrativos e dos documentos que embasaram a autuação, folhas 24 a 349, e da informação fiscal às folhas 432 a 437, sendo intimado o contribuinte da reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

O autuado recebeu cópias de todos os documento e demonstrativos que embasaram as autuações, assim como, da informação fiscal, sendo informado da reabertura do prazo de defesa (30 dias), porém, não se pronunciou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 05 (cinco) infrações.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que o PAF foi baixado em diligência, para que fosse entregue cópia dos documentos e demonstrativos que embasaram o Auto de Infração, além da informação fiscal, sendo reaberto o prazo de defesa em 30 dias, fato que possibilitou ao autuado o pleno direito de defesa. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Na infração 01 é imputado ao autuado a falta de recolher 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.

Em sua defesa o autuado alega que o autuante apresenta uma planilha, onde estão evidenciados, mensalmente para os exercícios de 2004, 2005 e 2006, os valores apurados como recolhidos a

menos. Todavia, não relaciona as notas fiscais que compuseram a base de cálculo para cada período, cerceando o direito de defesa da impugnante, haja vista, que não possuem elementos para contestar a acusação.

A alegação defensiva não pode ser acolhida, pois ao examinar os documentos acostados às folhas 26 a 34, constatei que foram listadas todas as notas fiscais com seus dados: números; créditos; CNPJ's; Inscrições Estaduais; Estados de origem dos fornecedores; CFOP's. Também, foram anexadas vias (3^a ou 4^a) originais e cópias dos documentos fiscais listados, os quais foram levantados no sistema CFAMT da SEFAZ. Nestas listagens analíticas, foram apresentados a base de cálculo, o crédito e o débito, e feito uma planilha à parte, demonstrando os valores apurados e o recolhido a menos pela empresa, folhas 24 e 25.

Ressalta, mais uma vez, que PAF foi baixado em diligência, para que fosse entregue cópia dos documentos e demonstrativos que embasaram o Auto de Infração, além da informação fiscal, sendo reaberto o prazo de defesa em 30 dias, fato que possibilitou ao autuado o pleno direito de exercer sua ampla defesa.

Assim, a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao autuado omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Consta do campo “Descrição dos Fatos”, que a infração foi caracterizada pela falta de emissão de notas fiscais de saídas efetivas nas Remessas de produtos tributáveis vendido para entrega futura no exercício de 2004 para CITEC, sendo que o valor do simples faturamento recebido pelo autuado foi de R\$465.575,26, tendo efetuado remessas (saídas) efetivas no valor R\$418.855,77 com emissão de notas fiscais, faltando a remessa no valor de R\$46.719,49, salientando que não houve desfazimento de nenhum valor recebido.

Na peça defensiva o autuado alega em função do sinistro ocorrido nas dependências da impugnante, está contatando as empresas envolvidas na operação para comprovar os fatos.

Tal argumento não é capaz de elidir a imputação, o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

O autuado teve o período de defesa, 30 (trinta) dias, posteriormente mediante diligência seu prazo de defesa foi reaberto, mais 30 (trinta) dias, sem apresentar nenhum documentos para contrapor a imputação fiscal, devendo ressaltar que o autuado tomou ciência do Auto de Infração em 28/06/07, ou seja, a mais de 06 (seis) da presente data.

Ademais, como bem salientou o autuante, na informação fiscal, sua cópia foi entregue ao autuado com a indicação da reabertura do prazo de defesa, o autuante que em 21 de maio de 2007, passou fax, folha 22 e 23, para o responsável da empresa junto a, onde informava que desde 30/08/2000 a empresa foi autorizada a emitir documentos e livros fiscais pro processamento mecanizados (SEPD), podendo a qualquer momento dispor de qualquer informação fiscal, pois estas informações se encontram na memória de seus equipamentos. Informa ainda, que não se trata de empresas envolvidas, e sim de uma única empresa, a CITEC Industrial Ltda., inscrita no Cadastro Estadual sob nº 55.273.332 e CNPJ 04.402.261/0001-99, localizada no Estado da Bahia, na Via Axial Pólo Petroquímico de Camaraçá, bem perto e próximo para se adquirir informações.

Logo, devido à proximidade da outra empresa envolvida nas operações e considerando o prazo da defesa e posterior a reabertura deste prazo mediante diligência, o autuado poderia facilmente apresentar os documentos que comprovassem a regularidade das operações.

A infração foi demonstrada nos Anexo acostados às folhas 175 a 177, entregues ao autuado com reabertura do prazo de defesa, indicando os dados das notas fiscais, seus números, valores, suas datas, origens, CFOP's, tanto do Simples Faturamento a Venda para Entrega Futura (CFOP 5.922) sem tributação, como das Remessas posteriores com tributação (CFOP 5.116).

Vale destacar, que o autuante asseverou na informação fiscal que analisou e constatou que no arquivo da empresa CITEC consta o pagamento das Notas Fiscais nºs 19.940 e 20.404 com CFOP 1.922 no valor de R\$465.575,26 e o recebimento a menos, CFOP 1.116 e 1.117, informação que não foi rebatida pelo autuado, quando da reabertura do prazo de defesa.

Assim, a infração 02 deve ser mantida na autuação.

Na infração 03 é imputado ao autuado o recolhimento a menos ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta do campo “Descrição dos Fatos” que o autuado efetuou vendas de produtos acabados a não contribuintes de outros estados com alíquota de 12% sem inclusão do IPI, sendo que, no caso de venda à não contribuintes a empresa deveria usar a alíquota de 17% e incluir o IPI na base de cálculo, caracterizando neste caso, omissão de pagamento de imposto (ICMS) através de aplicação de alíquota inferior que a devida. Na vendas a Produtores Rurais a nota fiscal deverá constar que se destinada produtores e fazer menção ao artigo 29 da Lei nº 10.637/2002, que suspende a incidência de IPI.

Em sua peça impugnatória o autuante apenas transcreve a imputação, sem apresentar nenhuma contestação ou produção de qualquer prova.

Na informação fiscal o autuante ressaltou que as mercadorias foram vendidas a consumidores finais ou a contribuintes não inscritos, mediante do CPF, onde os adquirentes não possuíam CNPJ e nem Inscrições Cadastral em seus Estados. Quando se tratavam de Produtores Rurais não inscritos, mas com menção do Art. 29 da Lei 10.637/02 todas as vendas foram consideradas normais.

Entendo que o procedimento do autuante foi correto e encontra-se embasado nos demonstrativos às folhas 178 a 181, devendo a infração 03 ser mantida na autuação.

Na infração 04 é imputado ao autuado a falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta do campo “Descrição dos Fatos” que o autuado efetuou vendas de produtos acabados (mercadorias) a contribuintes não inscritos dentro do estado, onde deixou de efetuar a Antecipação Tributária de produtos do Anexo 89 item 20 do RICMS/BA e artigo 353, inciso I do Dec. 6.284/97, cuja verificação se deu pelo fato de grandes quantidades de saídas para pessoas sem inscrição estadual e sem CNPJ usando somente o CPF, sendo aplicado a alíquota de 17% e MVA de 20%.

Em sua defesa, alega o autuado que o autuante apenas observou o item I do artigo 353 do RICMS/97, entretanto, no item II do mesmo artigo, encontra-se relacionadas às mercadorias que devem sofrer a antecipação tributária por parte do contribuinte alienante, porém, não encontra-se ali elencadas as mercadorias comercializadas pela autuado, bem como no Anexo 89, também citado pelo autuante. Em relação à citação do autuante de a quantidade de mercadorias vendidas era relevante, para que fosse para consumidor final, argumenta que em nenhum momento o diploma legal citado, afirma que a substituição tributária ocorrerá em função de quantidades, havendo presunção do autuante.

Para caracterizar a condição de contribuinte do ICMS devemos examinar se os adquirentes dos produtos vendidos pelo autuado se enquadra na condição de contribuinte desse imposto, conforme previsto no artigo 36 do RICMS/BA:

“Art. 36. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.” (grifo nosso).

Logo, a legislação do ICMS estabelece que a condição de contribuinte, também será determinada em função do volume das operações de circulação de mercadoria que caracterize intuito comercial.

No caso em tela o autuante agiu corretamente, uma vez que os volumes comercializados caracterizam o intuito comercial, e encontra amparado no art. 353, I, do RICMS/97 reza que o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Neste sentido, tem sido as decisões deste CONSEF, como exemplo, transcrevo a Ementa abaixo:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 1081/01

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos comprovam que o volume das mercadorias negociadas revela a intenção de revenda. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”

A infração foi embasada nos demonstrativos, fls. 196 a 203, onde são especificadas as vendas a contribuintes não inscritos, utilizando-se somente o CPF, nestes casos é previsto a antecipação subjetiva, também entregue ao autuado, com reabertura do prazo de defesa.

Logo, a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 05 é imputado ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS, previsto pelo Programa Bahiaplast, que após estornado constituiu saldo de ICMS a recolher. Consta do campo “Descrição dos Fatos” que o autuado utilizou crédito fiscal presumido nas vendas internas e interestaduais de produtos não acabados, como (Composto, composto máster branco, composto a 50%, composto a 40%, composto enriquecido U3), sem incidência do IPI, cujas vendas não estão amparadas pelo benefício, pois não correspondem aquelas especificadas nas Resoluções de nºs 12/99 e 09/03, bem como, não sendo peças e sim composto, deveria observar o disposto no art. 9º que trata das saídas de produtos transformados de estabelecimento industriais com atividades econômicas indicadas no art. 10 do Decreto nº 7.439/98. A empresa em tela tem como Atividade Econômica Principal a fabricação de embalagens de material plástico com CNAE-FISCAL 2222-6/00 não contemplado no artigo 10 do citado decreto. Salientando que a empresa autuada faz remessas para São Paulo de POLIETILENO para industrialização de COMPOSTOS por outras empresas industriais conforme diversas notas fiscais a exemplo das de nºs. 18207, 19279 e 19280 anexas.

Em sua defesa, alega o autuado que na Lei 7439/98, que é trazida a baila nesse tópico, em nenhum momento expõe que os códigos (CNAE-FISCAL) lá evidenciados nos artigos 7º e 9º, deverão obrigatoriamente, estarem explícitos no cadastro da SEFAZ. Bastando um consulta no Contrato Social do autuado e suas Alterações para concluir que o objeto social da empresa enquadra-se perfeitamente nos códigos citados na Resolução 12/1999, referendada pela Resolução 09/2003. Assevera que as mercadorias vendidas foram produzidas pela impugnante, assim, sendo estão acobertadas pelo programa BAHIAPLAST. Aduz que as vendas internas estão acobertadas pelo deferimento da Lei nº 7.439/98, Parágrafo Único, do artigo 7º, o que significa dizer que a impugnante tem direito ao crédito pelo pagamento indevido.

Na informação fiscal, o autuado que foram juntados 02 (dois) documentos às folhas 331 e 332, onde o “Composto” foi produzido por outras indústrias. Também, foram juntados os anexos e Demonstrativos às folhas 253 a 258, para mostrar com clareza os valores dos créditos fiscais presumidos, que deveriam ser usados pela empresa, com as exclusões dos “Compostos”, e os utilizados a maior pela empresa.

Entendo razão assistir ao autuante, uma que vez, Analisando as cópias das notas fiscais acostadas às folhas 331 e 332 dos autos, constatei que o autuado também comprou o produto “Composto”, fato que comprova que parte do produto comercializado não foi produzido pelo autuado.

Entendo ser importante definir se as vendas realizadas pelo autuante de “Compostos” encontrase enquadrada ou não no benefício do programa BAHIAPLAST.

Essa questão foi analisada pela DITRI/GECOT, tendo orientado o autuante, folhas 349, no sentido de que a Resolução nº 12/99 do BAHIAPLAST é clara quando determina que o crédito presumindo de 50% refere-se às operações de saídas interestaduais de PEÇAS INJETADS EM POLIETILENO DE ALTA DENSIDADE. Frisa que as saídas interestaduais de “compostos” não estão amparadas pelo citado benefício, visto que tais produtos não correspondem àqueles especificados na Resolução supracitada. Da mesma forma, o fato do produto denominado de “composto” não ser tributado pelo IPI, conforme ressaltado na consulta, autoriza a presunção de que o mesmo não sofreu processo de industrialização no estabelecimento da empresa SOL DASLA, fato este suficiente para afastar a aplicabilidade do tratamento previsto no BAHIAPLAST, tendo em vista que o citado programa visa incentivar a instalação e modernização da indústria baiana de transformação plástica e petroquímica.

Concordo com o posicionamento a orientação da DITRI/GECOT, acima citado por entender que, no caso em lide, ser irrelevante a questão do CNAE-FISCAL do autuado. O importante é o fato que o produto “composto”, cujo crédito presumido foi objeto da autuação, não se encontra amparado pela Resolução 12/99 do BAHIAPLAST.

A alegação do autuado de que as vendas internas estão acobertadas pelo deferimento da Lei nº 7.439/98, Parágrafo Único, do artigo 7º, não é capaz e elidir a imputação, uma vez que a imputado ao autuado é de utilização indevida de crédito fiscal presumindo de ICMS, previsto pelo Programa Bahiaplast, não tendo nenhuma relação com o deferimento. Ademais, se o autuado entende que realizou algum recolhimento a maior, o mesmo deveria observar as estabelecidas nos artigos 73, 74, 75 e 76 c/c o artigo 10 do RPAF/99, que tratam da restituição de tributo estadual, uma vez que a questão do deferimento não é objeto da presente lide.

Assim, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **086974.0010/07-5**, lavrado contra **SOL**

DASLA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$415.191,02**, acrescido da multa de 60% sobre R\$407.248,71 e 70% sobre R\$7.942,31, prevista no art. 42, II, “a” “e” “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2008.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

FRANCISCO ASTANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR