

A. I. Nº - 206886.0007/07-3
AUTUADO - PLASCALP PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.
AUTUANTE - JORGE JESUS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 08/06/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0112-03/10

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. Foi assegurado ao contribuinte o direito ao crédito presumido nas operações realizadas com seringas. Cabível o estorno proporcional quanto aos demais créditos relacionados às mencionadas mercadorias, tendo sido apurado por meio de diligência realizada pela ASTEC que estão corretos os cálculos efetuados pelo autuante, levando em consideração a proporção do produto “seringas” sobre as vendas totais. b) CRÉDITO FISCAL EM VALOR SUPERIOR AO DEVIDO. Refeitos os cálculos pelo autuante, de acordo com a comprovação apresentada pelo defendente, ficando reduzido o débito originalmente apurado. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Os valores lançados representam o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado. Infração comprovada. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Imposto apurado com base na escrita fiscal do contribuinte, inexistindo comprovação quanto ao recolhimento dos valores exigidos. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, refere-se à exigência de R\$11.378.652,87 de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em decorrência da utilização de crédito presumido com vedação de crédito do imposto relativo à aquisição ou entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido. Crédito presumido nas operações realizadas com seringas e simultaneamente, o autuado se creditou do imposto relativo às aquisições de mercadorias e serviços tomados vinculados às saídas com crédito presumido, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2006. Valor do débito: R\$8.249.433,45. Multa de 60%.

Infração 02: Utilização de crédito presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor. Consta a informação de que, pelo Decreto 7725/99 e posteriores alterações pelos Decretos 8375/02 e 8665/03, foi concedido o crédito resumido do imposto incidente nas saídas de seringas correspondente ao período e 100% a partir deste período. Porém, constatou-se que foram utiliz

2006, créditos presumidos em valores superiores nos livros RAICMS. Valor do débito: R\$3.100.910,44. Multa de 60%.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Refere-se ao ICMS diferido sobre refeições dos meses de novembro e dezembro de 2006, devidamente escriturados no livro RAICMS. Valor do débito: R\$2.155,08. Multa de 60%.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de setembro a dezembro de 2006. Valor do débito: R\$26.153,90. Multa de 150%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 280 a 317). Quanto à primeira infração, transcreve o art. 4º e seu parágrafo único do Decreto nº 7.725/99, alegando que o mencionado dispositivo legal veda a utilização de crédito fiscal relativo à aquisição de mercadorias vinculadas às saídas com crédito presumido. O autuado diz que na condição de empresa industrial, adquire de diversos fornecedores insumos, matéria-prima, produtos intermediários e materiais de embalagens para emprego no processo de industrialização e produção de seringas. Comenta sobre o conceito de mercadoria para efeito de aplicação da legislação do ICMS, citando ensinamentos de Maria Helena Diniz e diz que o RICMS/BA segrega as espécies, ao prever a utilização de créditos decorrentes da aquisição de mercadorias para comercialização. Transcreve ao art. 93 do mencionado Regulamento e diz que, por uma interpretação literal ou uma interpretação sistemática, chega-se à conclusão de que insumo não é mercadoria. Assegura que a não-cumulatividade do ICMS faz nascer para os contribuintes, quando da entrada de insumos ou de mercadorias já prontas em seu estabelecimento ou na aquisição de serviços tributados pelo imposto, um crédito contra o sujeito ativo. Comenta sobre o princípio da não-cumulatividade, citando ensinamentos da professora Misabel Derzi e do professor Paulo de Barros Carvalho, além de Geraldo Ataliba, Cléber Giardino e Roque Antônio Carraza. Salienta que a Lei Complementar 87/96 normatizou a sistemática de crédito de ICMS, estabelecendo como e quando existe e em que situações o crédito é vedado. O defendente entende que a destinação data à mercadoria adquirida será decisiva para sua conceituação. Alega ainda, que se deve observar que houve erro por parte do autuante quando da apuração do valor do ICMS a recolher, tendo em vista que o mesmo verificou a quantidade de mercadorias vendidas pelo impugnante em um mês e, levando em consideração a quantidade de seringas vendidas naquele período, estabeleceu um percentual para calcular o crédito correspondente aos insumos adquiridos para a produção de seringas, que no entendimento do autuante, deveria ter sido estornado. Apresenta como exemplo o mês de fevereiro de 2003, e observa que o ICMS a recolher decorrente da venda de outros produtos, em muitos meses, é menor que o valor calculado a título de crédito de seringa a ser estornado. Diz que o erro do autuante deveu-se ao fato de não ter observado que o percentual de seringas vendidas no mês não equivale necessariamente ao percentual de insumos utilizados para a sua produção e não representa o percentual do crédito que deveria ter sido estornado pelo defendente, já que este valor não é possível identificar a quantidade de insumo efetivamente aplicado na produção de seringas e aquele aplicado na produção de outras mercadorias. Entende que, se o autuante persistir na cobrança do ICMS, o cálculo deverá, pelo menos, obedecer à lógica indicada nos Relatórios Gerenciais apresentados juntamente com as informações do livro Registro de Apuração do ICMS. O autuado assevera que mesmo que não estivessem equivocados os cálculos do autuante, ainda assim não seria possível proceder à cobrança do imposto, porque o órgão já homologou expressamente o lançamento, tendo em vista que a partir do exercício de 2009 outras fiscalizações foram realizadas e o defendente nunca foi orientado a estornar tais créditos ou retificar sua escrita, levando à conclusão de que este órgão já homologou expressamente os lançamentos feitos neste período. Cita o art. 173 do Código de Processo Civil e entende que não é razoável que após anos no ramo em surpreendido por uma autuação que envolve os exercícios de 2003 a

Infração 02: Alega que a exigência do imposto é resultado de equívoco na entrega de relatório gerencial por parte da empresa, o que comprometeu os cálculos do autuante. Informa que a escrituração fiscal constante do livro RAICMS, referente aos controles de tomada de créditos presumidos pela venda de seringas nos anos de 2005 e 2006, está absolutamente regular e dentro das diretrizes legais. Diz que o erro no relatório “Relação de Vendas do Grupo Seringa” foi ocasionado por uma digitação errônea de um código fiscal da operação no sistema Microsiga. O impugnante afirma que digitou equivocadamente os códigos fiscais 5922 e 6922, relativos aos lançamentos efetuados a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura, lançamentos que não demonstram o destaque do ICMS incidente. Diz que o correto teria sido a emissão do relatório com os códigos 5116 e 6116, relativos à venda de produção do estabelecimento originada de encomenda para entrega futura. O defendente informa que anexa aos autos, juntamente com a impugnação, o relatório corretamente gerado, isto é, “Relação de Vendas do Grupo Seringa” sob os códigos fiscais 5116 e 6116 e que corretamente demonstram o cálculo do ICMS devido. Cita como exemplo o mês de janeiro de 2005, afirmando que o total das vendas é de R\$4.092.990,91 e o ICMS correspondente é de R\$509.266,57, que se ajusta ao valor lançado na escrita fiscal no livro RAICMS. Em seguida, o defendente comenta sobre a verdade material e o direito à ampla defesa que impulsionam o Processo Administrativo, citando a jurisprudência administrativa. Pede que seja efetuada análise da documentação acostada aos autos.

Infrações 03 e 04: Inicialmente, comenta sobre a sujeição passiva e diz que a unidade federativa somente tem competência para disciplinar as obrigações tributárias ocorridas internamente em seu Estado. Sobre as operações interestaduais somente é legítima e válida quando expressamente for objeto de Convênio celebrado entre os Estados, conforme art. 100 do CTN. Informa que as vendas objeto da autuação, foram realizadas para contribuintes localizados fora do Estado, como faz prova o livro RAICMS, no período de setembro a dezembro de 2006. Diz que o autuante não observou que os Estados destinatários das vendas realizadas não são signatários de Convênio para substituição tributária e por isso, entende que não há competência legal deste órgão fazendário para lavrar Auto de Infração sobre as infrações indicadas. Neste sentido, cita o Acórdão JFJ Nº 0238-04/04. Assim, pede o cancelamento da autuação, particularmente sobre as vendas realizadas para os Estados que denunciam o Convênio ICMS 76/94. Quanto às demais vendas destinadas a contribuintes de outros Estados ou até mesmo dentro do próprio Estado, o defendente diz que sempre diligenciou no sentido de bem cumprir suas obrigações tributárias, conforme atesta o recolhimento do imposto. Informa que houve falha da autuação ao verificar os comprovantes de recolhimento, bem como a correta apuração da base de cálculo, pelo que, pede a realização de diligência fiscal. Entende que se alguma diferença há a ser recolhida para qualquer Estado, o defendente diz que lhe falta competência para figurar como responsável, conforme expressamente dispõe a LC 87/96 em seus arts. 5º e 6º. Argumenta que, se for ultrapassada a preliminar suscitada, houve incorreta apuração da base de cálculo do imposto exigido. Diz que os valores cobrados a título de substituição tributária não correspondem aos valores efetivos da operação de transferência da mercadoria. Cita a Emenda Constitucional nº 03, de 17/03/1993, o art. 150, § 7º da Constituição Federal e diz que as operações que desencadeariam o recolhimento do ICMS pelos substituídos são fatos futuros, passíveis de não acontecerem ou ocorrerem de modo diferente do que fora previsto. Entende que é improcedente a autuação no que tange à falta ou insuficiência do ICMS incidente sobre as operações sujeitas à substituição tributária (infração 04), porque esta sistemática de recolhimento do ICMS é ilegal e inconstitucional. Diz que as mercadorias possuem, para fins de determinação da base de cálculo, hipotéticos preços pré-definidos por autoridade competente, batizados de Preços Máximos de Venda a Consumidor (PMC) e que a fixação da base de cálculo do ICMS com base no PMC ou na sua falta com base na MVA, esquivando-se de calcular sobre o real valor da operação é totalmente ilegal e inconstitucional, porque o ICMS deve considera o valor hipotético. Afirma que, seja pelo PMC ou pela MVA, quem cálculo é o autuante e não o defendente, por entender que a inci

aplicada sobre presunção de ocorrência de fato gerador, e que a utilização do modelo de preço tabelado por autoridade competente somente subsiste legitimamente num regime de alta intervenção estatal na economia. Comenta sobre ensinamentos da doutrina e colaciona aos autos jurisprudência do STJ sobre o tema. O defendente contesta a multa exigida, apresentando o entendimento de que a mesma tem caráter confiscatório e afronta as garantias constitucionais. Neste sentido, cita o entendimento do Supremo Tribunal Federal e diz que é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessivamente aplicada pelo Fisco. Por fim, o defendente requer a improcedência do Auto de Infração, caso a preliminar apresentada não seja suficiente para fulminar a autuação.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 1134 a 1147 (VOL V) dos autos, quanto à primeira infração, diz que o defendente foi beneficiado com crédito presumido através do Decreto 7725/1999, e que o exercício deste benefício é facultativo, e sua utilização veda ao beneficiário, conforme parágrafo único do art. 4º, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou entrada de mercadorias e serviços tomados vinculados às saídas com crédito presumido. Diz que o contribuinte utilizou crédito presumido e também se creditou normalmente do imposto relativo às entradas de mercadorias e serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido. Considerando o procedimento adotado pelo contribuinte, a fiscalização teria que: a) glosar os créditos presumidos utilizados, considerando o uso dos créditos normais e, b) considerar indevido os créditos normais em virtude do uso dos créditos presumidos. Diz que a última opção foi escolhida porque o contribuinte seria beneficiado, conforme quadro comparativo elaborado à fl. 1139 e que a primeira infração passaria do valor de R\$8.249.433,47 para R\$18.013.896,96 se fosse adotada a glosa dos créditos presumidos. Quanto à forma de cálculo contestada pelo impugnante, informa que devem ser considerados os seguintes aspectos: a) os créditos fiscais considerados indevidos pela fiscalização se referem ao imposto incidente sobre as entradas de mercadorias (matéria prima, material de embalagem, produtos intermediários, energia e serviços de transporte) vinculadas à produção e venda de seringas beneficiadas com crédito presumido; b) a metodologia aplicada para determinar os créditos inerentes à produção e venda do grupo de seringas e de outros produtos não beneficiados pelo crédito presumido, está diretamente proporcional à produção e venda, e qualquer variação é decorrente da alteração mensal do estoque final.

Em seguida o autuante comenta sobre o exemplo apresentado pelo defendente em relação ao mês de fevereiro de 2003, dizendo que chegou à conclusão de que o percentual de 58% é relativo aos créditos de outros produtos. Portanto, 42% se referem aos créditos de insumos utilizados na fabricação de seringas. O autuante faz uma análise dos demonstrativos apresentados, relativos aos exercícios de 2004 a 2006 e elabora planilha à fl. 1142, referente à apuração dos créditos vinculados à fabricação de seringas. Quanto às diferenças dos exercícios de 2003 e 2004, nos valores de R\$19.326,64 e R\$10.163,92, respectivamente, representam aumento do crédito indevido e não redução do Auto de Infração. Em relação aos exercícios de 2005 e 2006, elabora planilha à fl. 1143, que resultou no aumento do crédito indevido. Ressalta que a diferença apurada é resultante de nova composição de vendas e saldo devedor do ICMS referente a seringas que o contribuinte apresentou posteriormente após a fiscalização e não pela aplicação de uma metodologia. Entende que, tomando por base a relação vendas de seringas sobre vendas totais, reflete efetivamente a apropriação correta e não resulta distorções se utilizada a relação ICMS gerado pelas saídas de seringas sobre ICMS gerado pelas vendas totais.

Infração 02: Considerando a alegação do autuado de que os relatórios extraídos do sistema Microsiga que serviram de base para determinar a totalização das vendas de seringas e o conseqüente saldo devedor do ICMS utilizado pela fiscalização, e que foram anexados os novos relatórios de vendas do grupo seringas, diz que a fiscalização passou a adotar estes novos relatórios. Informa que nos novos demonstrativos elaborados diferença quanto ao exercício de 2005, e no exercício de 2006, referente ao mês de janeiro. Informa que os novos valores de v

exercícios de 2005 e 2006, produzem efeitos na infração 01, porque alteram a relação de participação na venda total e, conseqüentemente, os valores dos créditos vinculados que foram utilizados indevidamente. Assim, os demonstrativos de fls. 20/21 que contêm os valores dos relatórios de vendas anteriores, foram novamente elaborados. Apresentam os créditos indevidos superiores aos valores inicialmente apurados, na seguinte ordem: Exercício de 2005: De R\$2.417.549,19 para R\$3.558.644,64. Exercício de 2006: De R\$2.648.854,63 para R\$3.045.859,58. O autuante conclui que a infração 02 fica reduzida de R\$3.100.910,44 para R\$759,50 e a infração 01 fica acrescida de R\$8.2498.433,45 para R\$9.787.533,85.

Infração 03: O autuante diz que o defendente não apresentou nenhuma alegação. Genericamente, e em conjunto com a infração 04, o autuado fez referência às vendas efetuadas para outros Estados, mas deixou de considerar que a infração se refere ao ICMS diferido sobre aquisição de refeições nos meses de novembro e dezembro de 2006, devidamente escriturados no livro RAICMS, sem ter efetuado o recolhimento do imposto.

Infração 04: Diz que não procedem as alegações do contribuinte, haja vista que o levantamento fiscal de fl. 266 contém valores devidos a título de Substituição Tributária sobre vendas de mercadorias dentro do Estado da Bahia. Assegura que nesta infração foi apurado o débito relativo à falta de recolhimento do ICMS retido, correspondente aos meses de setembro a dezembro de 2006, conforme anexos VII e VIII do Auto de Infração, que discriminam os valores retidos, os recolhimentos efetuados e respectivas diferenças, as retenções sobre as mercadorias e também sobre serviços de transporte. Diz que não procede a alegação de ilegalidade da base de cálculo, e que no caso desta infração, os valores exigidos pela fiscalização foram apurados na própria escrituração fiscal do contribuinte, deduzindo-se os valores efetivamente pagos dos valores totais retidos. Informa que após análise e considerações dos documentos e alegações do autuado, elaborou novo demonstrativo de débito, indicando os valores originalmente apurados e o débito atual em relação a cada infração.

Intimado da informação fiscal, o defendente apresentou manifestação às fls. 1158 a 1164, aduzindo que a legislação não impõe vedação da manutenção do crédito quando decorrente de aquisição de insumos, matérias-primas e materiais de embalagens, e o próprio RICMS/BA prevê a utilização de créditos fiscais. Diz que na defesa apresentada o defendente demonstrou a forma de cálculo do ICMS efetivamente devido, apontando a diferença entre tais valores e os valores do Auto de Infração. Diz que o erro do autuante deveu-se ao fato de não ter observado que o percentual de seringas vendidas no mês não equivale necessariamente ao percentual de insumos utilizados para a sua produção e não representa o percentual do crédito que deveria ter sido estornado, já que não é possível de identificar a quantidade de insumo efetivamente aplicado na produção de seringas e aquele aplicado na produção de outras mercadorias.

Quanto à infração 02, o defendente diz que o autuante considerou os novos relatórios apresentados juntamente com as razões de defesa e, acertadamente, registrou a redução da infração para R\$795,50. Entretanto, os novos valores refletiram na primeira infração, em razão da forma de cálculo equivocada, utilizada pelo autuante.

Infração 04: Alega que o princípio da estrita legalidade em matéria tributária não permite que se instaure dúvida acerca da base de cálculo do tributo. Portarias e convênios, como qualquer outro ato administrativo de categoria diversa, nunca poderiam ser utilizados para tal finalidade. Reitera a contestação relativa à multa aplicada, e pede a improcedência do Auto de Infração. Caso não seja reconhecida a improcedência, pede que seja considerada a forma de cálculo descrita pelo defendente, que aponta a quantidade de insumo aplicado na produção de seringas e aquela aplicada na produção de outras mercadorias, de modo a identificar o ICMS efetivamente devido.

À fl. 1168, o presente processo foi convertido em diligência à ASTEC para que o diligente adotasse as seguintes providências, quanto à primeira infração:

1. Contejasse os demonstrativos elaborados pelo autuante com o livro Registro de Apuração do ICMS e demais documentos fiscais.
2. Apurasse os percentuais de participação do produto seringas calculados sobre as vendas totais, se estão corretos, bem como os créditos fiscais indevidamente utilizados.
3. Elaborasse novos demonstrativos de débito.
4. Que a repartição fiscal intimasse o autuado e autuante quanto ao resultado da diligência solicitada.

Conforme PARECER ASTEC Nº 009/2010 (fls. 1169 a 1171), para cumprimento da diligência solicitada, o autuado foi intimado a apresentar os livros RAICMS relativos ao período fiscalizado, tendo sido informado pelo contribuinte às fls. 1172/1187, da impossibilidade de apresentar os mencionados livros, porque o estabelecimento autuado fora invadido pelo Sindicato dos empregados juntamente com alguns de seus empregados, e que, por não ter acesso ao local onde se encontravam arquivados os seus livros e documentos, solicitou a concessão do prazo de 45 dias para providenciar a entrega dos livros solicitados. Foi concedida a dilação do prazo, mas o autuado não apresentou os livros requeridos, o que somente ocorreria após outras intimações e contatos telefônicos. O diligente informa que constatou que todos os valores discriminados nos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 18 a 26 do PAF) são integralmente convergentes e coincidentes com os escriturados nos livros RAICMS do período fiscalizado, 2003 a 2006. Cita como exemplo o mês de março de 2003 e diz que depois de cotejar e confrontar os documentos que deram origem aos elementos que compõem a planilha elaborada pelo autuante, apurou que o percentual de participação de vendas do produto “seringas” em relação às vendas totais de cada mês foi calculado por meio do quociente resultante do total das vendas de seringas e o total de todas as vendas realizadas em cada período de apuração mensal. Constatou que o percentual de participação foi corretamente calculado em relação às vendas totais. Quanto aos créditos presumidos indevidamente utilizados, calculados pelo autuante no levantamento fiscal, que resultaram na exigência da primeira infração, observa que foram inalterados os valores relativos aos mencionados créditos utilizados, tendo em vista que foi considerado como crédito indevido o percentual de participação das seringas sobre as vendas totais, ou seja, o autuante considerou a opção de o contribuinte utilizar o benefício fiscal do “crédito presumido das seringas”, manteve este crédito e exigiu na infração 01 a parcela atinente à proporção das vendas de seringas em relação ao total das saídas. Em relação à revisão efetuada pelo autuante, quando prestou informação fiscal, fls. 1142/1143, o diligente informa que a utilização do método apresentado, apesar de não configurar incongruência conceitual, resulta no agravamento do lançamento inicial, porque sofre influência mais significativa das diferentes alíquotas aplicadas nas saídas, de 17 e 12%. O diligente conclui, informando que depois de cotejar os demonstrativos elaborados pelo autuante com o livro RAICMS do período fiscalizado em conjunto com os demais elementos constantes nestes autos, constatou que estão corretos os percentuais de participação do produto “seringas” sobre as vendas totais. Verificou, também, que os créditos fiscais presumidos utilizados indevidamente foram calculados de acordo com a determinação expressa no Decreto 7.725/99. Quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante e integrante de sua informação fiscal (fls. 1142, 1143, 1148 e 1149) diz que restou evidenciado que, se aplicado o método sugerido pelo defendente na apuração dos créditos fiscais presumidos utilizados indevidamente, resulta em agravamento dos valores apurados originalmente pela fiscalização em todos os exercícios fiscalizados, apesar de repercutir na apuração do débito da infração 02, reduzindo substancialmente o valor lançado de ofício nesta infração.

O autuante tomou conhecimento do Parecer ASTEC nº 0009/2010, conforme documento à fl. 1190, e não apresentou qualquer pronunciamento.

O defendente se manifestou às fls. 1194/1195, dizendo que a Asses concluiu que estão corretos os percentuais de participação do produto seringas sobre as vendas totais, e que os créditos fiscais presumidos utilizados indevidamente

a determinação do Decreto n. 7725/99. Entretanto, o diligente da ASTEC reconhece que houve inconsistências no método utilizado pelo Fiscal, o que agravou o lançamento inicial. Ou seja, a ASTEC reconhece erros de cálculo por parte do Fiscal que, obviamente, prejudicaram a defesa, eivando de nulidade a autuação. Alega que embora reconheça que o valor lançado de ofício deve ser reduzido substancialmente, o Parecer apenas ratifica o levantamento feito pelo autuante, sem observar as nuances do caso e os inúmeros pontos de inconsistência apontados pela autuado em sua defesa, os quais, uma vez esclarecidos, repercutirão diretamente no valor das infrações. Entende que se persistir o presente lançamento, o cálculo deverá, pelo menos, obedecer à lógica descrita na peça impugnatória, já que os Relatórios Gerenciais apresentados, juntamente com as informações do Livro de Apuração do ICMS, são reais e efetivos. O defendente entende que o Parecer apresentado pouco esclarece acerca das inconsistências apontadas nas razões de defesa, apenas evidenciando as nulidades que maculam o auto. O autuado reitera todos os argumentos da defesa apresentada e requer seja julgado nulo o presente Auto de Infração, com o conseqüente cancelamento e arquivamento do PAF. Caso a preliminar não seja suficiente para fulminar o presente auto de infração, requer seja, por seu mérito, julgado improcedente, por entender que não existem fundamentos legais a respaldar a imputação tributária. Se não for reconhecida a improcedência do auto, requer, alternativamente, seja considerada a forma de cálculo descrita nas razões de defesa, que aponta a quantidade de insumo aplicado na produção de seringas e aquele aplicado na produção de outras mercadorias, de modo a identificar o ICMS efetivamente devido. Por fim, informa que as advogadas subscritoras reassumiram o patrocínio da causa, ao tempo em que requer prazo para regularizar a sua representação processual, com a juntada de nova procuração.

VOTO

Nas razões de defesa, o autuado cita o art. 150 do CTN e apresenta o entendimento de que não é razoável que após anos no ramo em que atua, seja surpreendido por uma autuação que envolve os exercícios de 2003 a 2006. Depreende-se que o autuado está suscitando preliminar de decadência do imposto exigido.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada alegação de decadência com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação. No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2003 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2008. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2007, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, a primeira infração trata de crédito fiscal indevido, em decorrência da utilização de crédito presumido com vedação de crédito do imposto relativo à aquisição ou entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento e aos serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido. O autuado utilizou crédito presumido nas operações realizadas com seringas e, simultaneamente, creditou-se do imposto relativo às aquisições de mercadorias e serviços tomados vinculados às saídas com crédito presumido, no período de janeiro de 2003 a dezembro de 2006.

O art. 4º e seu parágrafo único do Decreto nº 7.725/99, prevê a possibilidade de utilização pelo fabricante, de crédito fiscal presumido apurado sobre o valor do ICMS incidente, nas saídas de seringas, vedando a utilização de crédito do imposto relativo à aquisição real ou simbólica de mercadorias bem como serviços tomados, vinculados às saídas com crédito presumido.

Em sua impugnação, o autuado cita o art. 93 do RICMS/BA e alega interpretação literal ou uma interpretação sistemática, chega-se à conclusão de que a não-cumulatividade do ICMS faz nascer para os co

de insumos ou de mercadorias já prontas em seu estabelecimento ou na aquisição de serviços tributados pelo imposto, um crédito contra o sujeito ativo.

Entendo que não assiste razão ao defendente, haja vista que de acordo com o § 4º do art. 1º do RICMS/BA, “Considera-se mercadoria, para efeitos de aplicação da legislação do ICMS, qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes e energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento”. Portanto, o insumo adquirido para a fabricação dos produtos comercializados pelo autuado é considerado mercadoria, e em razão de sua aquisição o contribuinte tem direito ao crédito fiscal correspondente, devidamente destacado no respectivo documento fiscal.

O autuado utilizou o benefício fiscal do crédito presumido calculado sobre o valor do imposto, nas saídas de seringas, e no dispositivo da legislação tributária que concedeu o mencionado crédito, prevê a condição de o contribuinte não utilizar crédito do imposto relativo à aquisição real ou simbólica de mercadorias bem como serviços tomados, vinculados às saídas das seringas com crédito presumido. Portanto, não se trata de negar aplicação do princípio da não-cumulatividade, como alegou o defendente.

Em relação aos cálculos, o defendente alegou que houve erro por parte do autuante quando da apuração do valor do ICMS a recolher, tendo em vista que o mesmo verificou a quantidade de mercadorias vendidas pelo impugnante em um mês e, levando em consideração a quantidade de seringas vendidas naquele período, estabeleceu um percentual para calcular o crédito correspondente aos insumos adquiridos para a produção de seringas.

O defendente entende que o percentual de seringas vendidas no mês não equivale necessariamente ao percentual de insumos utilizados para a sua produção e não representa o percentual do crédito que deveria ter sido estornado pelo autuado. Diz que não é possível identificar a quantidade de insumo efetivamente aplicado na produção de seringas e aquele aplicado na produção de outras mercadorias. Entende que, se persistir a cobrança do ICMS, o cálculo deverá, pelo menos, obedecer à lógica indicada nos Relatórios Gerenciais apresentados juntamente com as informações do livro Registro de Apuração do ICMS.

Quanto a esta alegação, o presente processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, tendo sido informado pelo diligente no PARECER ASTEC Nº 009/2010 (fls. 1169 a 1171), que todos os valores discriminados nos demonstrativos elaborados pelo autuante (fls. 18 a 26 do PAF) são integralmente convergentes e coincidentes com os escriturados nos livros RAICMS do período fiscalizado, 2003 a 2006. Diz que o autuante apurou o percentual de participação de vendas do produto “seringas” em relação às vendas totais de cada mês; foi calculado o quociente entre o total das vendas de seringas e o total de todas as vendas realizadas em cada período de apuração mensal. Assegura que o percentual de participação foi corretamente calculado; que o autuante considerou a opção de o contribuinte utilizar o benefício fiscal do “crédito presumido das seringas”, manteve este crédito e exigiu na infração 01 a parcela atinente à proporção das vendas de seringas em relação ao total das saídas.

Em relação à revisão efetuada pelo autuante, o diligente conclui, informando que os créditos fiscais presumidos utilizados indevidamente foram calculados de acordo com a determinação expressa no Decreto 7.725/99.

Quanto ao argumento do autuado de que, se persistir a cobrança do ICMS, o cálculo deverá, pelo menos, obedecer à lógica indicada nos Relatórios Gerenciais apresentados juntamente com as informações do livro Registro de Apuração do ICMS, o preposto da ASTEC informou que restou evidenciado que, se aplicado o método sugerido pelo defendente na apuração dos créditos fiscais presumidos utilizados indevidamente, resulta em agravame originalmente pela fiscalização em todos os exercícios fiscalizados.

O autuado também alegou que não seria possível proceder à cobrança do imposto, porque a SEFAZ/BA já homologou expressamente o lançamento, tendo em vista que a partir do exercício de 2009 outras fiscalizações foram realizadas e o defendente nunca foi orientado a estornar tais créditos ou retificar sua escrita, levando à conclusão de que este órgão já homologou expressamente os lançamentos feitos neste período. Entretanto, a Fazenda Estadual tem o direito de apurar, em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de quaisquer elementos que possam configurar obrigações tributárias, mesmo após a realização de ações fiscais anteriores.

Na informação fiscal prestada às fls. 1134 a 1147 dos autos, o autuante analisou os argumentos e documentos apresentados pelo defendente em relação ao equívoco nos relatórios gerenciais, acusando que houve digitação errônea de um código fiscal da operação (códigos fiscais 5922 e 6922 quando os códigos corretos são 5116 e 6116). Disse que com esta mudança, a infração 02 fica reduzida de R\$3.100.910,44 para R\$759,50 e a infração 01 sofre um aumento de R\$8.249.433,45 para R\$9.787.833,85.

Considerando que os lançamentos das infrações 01 e 02 são autônomos, e que no julgamento é vedado majorar o imposto constante no Auto de Infração, devem ser mantidos os valores lançados originariamente na primeira infração, representando-se à repartição fiscal para, mediante nova ação fiscal, proceda à verificação da existência de valores a serem lançados, podendo o contribuinte, antes de nova ação fiscal recolher o valor devido.

Assim, tendo em vista que foi assegurado ao contribuinte o direito ao crédito presumido nas operações realizadas com seringas, concluo que é cabível o estorno proporcional quanto aos demais créditos relacionados às mencionadas mercadorias, tendo sido apurado por meio de diligência realizada pela ASTEC que estão corretos os cálculos efetuados pelo autuante, concluo pela procedência da exigência fiscal deste item do presente Auto de Infração.

Infração 02: Utilização de crédito presumido de ICMS em valor superior ao permitido na legislação em vigor. Consta a informação de que, pelo Decreto 7725/99 e posteriores alterações pelos Decretos 8375/02 e 8665/03, foi concedido o crédito presumido no valor equivalente a 70% do imposto incidente nas saídas de seringas correspondente ao período de janeiro a setembro de 2003 e 100% a partir deste período. Porém, constatou-se que foram utilizados nos exercícios de 2005 e 2006, créditos presumidos em valores superiores nos livros RAICMS.

De acordo com as razões de defesa a exigência do imposto é resultado de equívoco na entrega de relatório gerencial por parte da empresa. A escrituração fiscal constante do livro RAICMS, referente aos controles de tomada de créditos presumidos pela venda de seringas nos anos de 2005 e 2006, está absolutamente regular e dentro das diretrizes legais; o erro no relatório “Relação de Vendas do Grupo Seringa” foi ocasionado por uma digitação errônea de um código fiscal da operação, haja vista que foi digitado equivocadamente os códigos fiscais 5922 e 6922, relativos aos lançamentos efetuados a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura, lançamentos que não demonstram o destaque do ICMS incidente. O defendente diz que o correto teria sido a emissão do relatório com os códigos 5116 e 6116.

Considerando a alegação apresentada pelo autuado, e que foram anexados os novos relatórios de vendas do grupo seringas, o autuante analisou os argumentos e documentos apresentados pelo defendente em relação ao equívoco nos relatórios gerenciais, acusando que houve digitação errônea de um código fiscal da operação (códigos fiscais 5922 e 6922 quando os códigos corretos são 5116 e 6116), e disse na informação fiscal, que a fiscalização passou a adotar estes novos relatórios, tendo sido elaborados novos demonstrativos nos quais, não foi constatada qualquer diferença quanto ao exercício de 2005, e no exercício de 2006, apenas o valor de R\$759,50.

Vale salientar, que o autuado foi intimado da informação fiscal contestação ao novo valor apurado pelo autuante nos novos demonstrativos de função dos relatórios apresentados pelo defendente. Concluo por

infração, no valor de R\$759,50, referente ao mês 01/2006, conforme apurado pelo autuante à fl.1151 do PAF.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Refere-se ao ICMS diferido sobre refeições dos meses de novembro e dezembro de 2006, devidamente escriturados no livro RAICMS.

Conforme observado pelo autuante na informação fiscal, o autuado apresentou alegações em conjunto com a infração 04, fazendo referência às vendas efetuadas para outros Estados, mas percebeu que esta infração se refere ao ICMS diferido sobre aquisição de refeições nos meses de novembro e dezembro de 2006, devidamente escriturado no livro RAICMS, sem ter efetuado o recolhimento do imposto.

Observo que os valores lançados representam o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento encontrava diferido (refeições), em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado.

Como o defendente não apresentou qualquer comprovação de que recolheu o imposto exigido, e tendo sido feita a acusação fiscal de modo compreensível, entendo que a alegação defensiva constitui mera negativa do cometimento da infração, o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, nos termos do art. 143 do RPAF/BA. Infração subsistente.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, no período de setembro a dezembro de 2006.

Em sua impugnação, o autuado alega que o imposto cobrado a título de substituição tributária não corresponde aos valores efetivos da operação de transferência da mercadoria. Diz que as operações que desencadeariam o recolhimento do ICMS pelos substituídos são fatos futuros, passíveis de não acontecerem ou ocorrerem de modo diferente do que fora previsto; que é improcedente a autuação, no que tange à falta ou insuficiência do ICMS incidente sobre as operações sujeitas à substituição tributária, porque esta sistemática de recolhimento do ICMS é ilegal e inconstitucional. Contesta a forma de apuração da base de cálculo, alegando que a fixação da base de cálculo do ICMS com base no PMC ou na sua falta com base na MVA, esquivando-se de calcular sobre o real valor da operação é totalmente ilegal e inconstitucional, porque o ICMS deve considerar o valor da operação e nunca o valor hipotético.

Na informação fiscal, o autuante rebate as alegações defensivas, dizendo que foi apurado o débito relativo à falta de recolhimento do ICMS retido correspondente os meses de setembro a dezembro de 2006, conforme anexos VII e VIII (fls. 265/266) do Auto de Infração, que discriminam os valores retidos, os recolhimentos efetuados e respectivas diferenças; as retenções sobre as mercadorias e também sobre serviços de transporte. Diz que não procede a alegação de ilegalidade da base de cálculo, e que no caso desta infração, os valores exigidos pela fiscalização foram apurados na própria escrituração fiscal do contribuinte, deduzindo-se os valores efetivamente pagos dos valores totais retidos.

Quanto à inconstitucionalidade alegada pelo defendente em relação ao art. 97, do RICMS-BA, saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Considerando que se trata de exigência de imposto apurado pelo contribuinte em sua escrita, e que não foi comprovado o recolhimento dos valores exigidos, concluo pela subsistência desta infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto d abaixo:

| INFRAÇÃO Nº | CONCLUSÃO | IMPOSTO |
|--------------|---------------------|---------------------|
| 01 | PROCEDENTE | 8.249.433,45 |
| 02 | PROCEDENTE EM PARTE | 759,50 |
| 03 | PROCEDENTE | 2.155,08 |
| 04 | PROCEDENTE | 26.153,90 |
| TOTAL | - | 8.278.501,93 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206886.0007/07-3, lavrado contra **PLASCALP PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.278.501,93**, acrescido das multas de 60% sobre R\$8.252.348,03 e 150% sobre R\$26.153,90, previstas no art. 42, incisos II, “f”, V, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA