

A. I. N° - 207090.0006/09-0
AUTUADO - IPLASA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA.
AUTUANTES - MARIA CONSUELO PIRES BARROS e AUGUSTO RICARDO JANSEN FERRARI
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET 03.11.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0273-05/10

EMENTA: ICMS. 1. BAHIAPLAST/DESENVOLVE. ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NA(S) NOTA(S) FISCAL(IS) DE ENTRADA. Infração reconhecida. b) SEM APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO. Acolhido como prova de sinistro Boletim de Ocorrência Policial apresentado na Defesa. Infração elidida. b.1) FALTA DE APRESENTAÇÃO DAS NOTAS FISCAIS COMPROBATÓRIAS DO DIREITO MEDIANTE INTIMAÇÃO FISCAL. Ajuste do valor exigido em face de acolhimento parcial de provas apresentadas na Defesa. Infração parcialmente elidida. b.2) EM DECORRÊNCIA DE DESTAQUE DE ICMS A MAIS QUE O DE DIREITO NA(S) NOTA(S) FISCAL(IS) DE ENTRADA. Infração reconhecida. c) DE CRÉDITO PRESUMIDO DO BAHIAPLAST EM RAZÃO DE DESTAQUE A MAIS NAS NOTAS FISCAIS DE VENDAS INTERESTADUAIS E UTILIZAÇÃO INTEGRAL DE CRÉDITO FISCAL DESTACADO EM NOTAS FISCAIS DE DEVOLUÇÃO DE VENDAS INTERESTADUAIS. Infração reconhecida. c.1) DE CRÉDITO PRESUMIDO DO BAHIAPLAST EM RAZÃO DE DESTAQUE A MAIS NAS NOTAS FISCAIS DE VENDAS ESTADUAIS. Infração reconhecida. c.2) DE CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS A MAIS QUE O PREVISTO PELO BAHIAPLAST EM DECORRÊNCIA DAS VENDAS INTERESTADUAIS DE PRODUÇÃO PRÓPRIA E VENDAS DE APARAS. Infração reconhecida. c.3) DE CRÉDITO PRESUMIDO DE ICMS A MAIS QUE O PREVISTO PELO BAHIAPLAST EM DECORRÊNCIA DAS VENDAS ESTADUAIS DE PRODUÇÃO PRÓPRIA E VENDAS DE APARAS. Infração caracterizada. 2. ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. a) DEVIDO NAS IMPORTAÇÕES DE MERCADORIAS DO EXTERIOR. Infração reconhecida. b) EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO EM RAZÃO DE VENDAS ESTADUAIS A CONTRIBUÍNTES EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR, QUANDO EM GOZO DE BENEFÍCIO DO BAHIAPLAST. Infração reconhecida. c) EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA CABÍVEL NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS PARA CONTRIBUÍNTES NORMAIS. Infração caracterizada. d) EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DO ICMS A RECOLHER SOB O GOZO DO BAHIAPLAST. Infração reconhecida. e) EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DO ICMS A DESENVOLVE. Infração caracterizada. f) EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DO ICMS A DESENVOLVE. Infração caracterizada.

ICMS SUJEITO À DILAÇÃO DE PRAZO PREVISTO PELA RESOLUÇÃO DO DESENVOLVE. Infração reconhecida. ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** EM RAZÃO DE REMESSA DE BENS PARA CONSERTO SEM COMPROVAÇÃO DE RETORNO. Ajuste do valor exigido em face de acolhimento parcial de provas apresentadas na Defesa. Infração parcialmente elidida. **b)** POR SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. **c)** DE ICMS DIFERIDO NAS ENTRADAS DE REFEIÇÕES DESTINADAS A CONSUMO DOS FUNCIONÁRIOS. Infração reconhecida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2009, exige o valor total de R\$189.104,21, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$267,99, relativo ao período março de 2004, por utilização a mais que o destacado no (s) documento (s) fiscal (is). Contribuinte lançou a Nota Fiscal nº. 198, de 03/03/04, no LRAICMS nº. 10, pelo valor de ICMS R\$2.040,24, quando o valor do ICMS destacado no documento fiscal é R\$1.772,25, havendo, portanto um crédito indevido de R\$267,99. Xerox do LRAICMS anexa, bem como da referida nota fiscal;

INFRAÇÃO 2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$3.749,16, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito, relativo ao período dezembro de 2006. Contribuinte deu saída a mercadoria de sua produção através da 1ª via da Nota Fiscal nº 20.513, de 19/08/06. Em 29/12/06, emitiu Nota Fiscal Entrada nº. 21.557, alegando a ocorrência de sinistro. Regularmente intimado, deixou de apresentar a ocorrência policial do ocorrido e também a primeira via da NF de saída da mercadoria. Infringiu o art. 97, IX, 112, §2º, 654, V do RICMS-BA;

INFRAÇÃO 3. Recolheu a menos o ICMS de R\$1.884,49, 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 desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, relativo ao período maio de 2004, fevereiro de 2005, abril e dezembro de 2006;

INFRAÇÃO 4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$12.271,14, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito, relativo ao período janeiro, abril a junho, outubro e dezembro de 2004, fevereiro a abril, setembro, outubro e dezembro de 2005, maio, agosto e outubro de 2006. Contribuinte, regularmente intimado, deixou de apresentar documentos comprobatórios de crédito fiscal referente aos exercícios 2004, 2005 e 2006. Parte integrante deste auto e entregue em cópia ao contribuinte – Levantamento Fiscal – Crédito Indevido – Documento comprobatório não apresentado.

INFRAÇÃO 5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$52,09, em decorrência de destaque de imposto a mais no(s) documento(s) fiscal(is), relativo ao período maio, julho, setembro, outubro e dezembro de 2005, janeiro a março e outubro de 2006.

INFRAÇÃO 6. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS previsto pelo Programa Bahiaplast, no valor de R\$5.025,10, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher, relativo ao período janeiro, fevereiro, julho, setembro e dezembro de 2004. fevereiro. maio. junho e setembro de 2005, janeiro e março de 2006. Contribuinte benefici com crédito presumido de 50% nas vendas interestaduais de proc 2999 em anexo, utilizou-se integralmente de crédito fiscal destacad

recebimento de devoluções interestaduais de mercadorias por ele produzidas, o que resultou num crédito indevido a recolher.

INFRAÇÃO 7. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS previsto pelo Programa Bahiaplast, no valor de R\$9.403,71, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher, relativo ao período janeiro, fevereiro, março a julho, setembro a dezembro de 2004, janeiro a maio, julho, outubro e novembro de 2005, e março de 2006. Contribuinte beneficiário do Bahiaplast até abril/06 com crédito presumido de 41,1765% nas vendas estaduais de produção própria, conforme Res. 29/99 em anexo, cometeu erro na apuração do imposto devido, quando efetuou vendas a empresas com a situação de canceladas no cadastro estadual, quer por erro na alíquota utilizada, quer pela não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto devido, quer por ambas as situações. Regularmente intimado a apresentar as notas fiscais de saídas referentes a 2004 deixou de apresentá-las.

INFRAÇÃO 8. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$609,68, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, relativo ao período fevereiro, maio, junho, agosto a outubro de 2004. Contribuinte beneficiário do Bahiaplast até abril/06 com crédito presumido de 41,1765% nas vendas estaduais de produção própria, conforme Res. 29/99 em anexo, cometeu erro na apuração do imposto devido, quando efetuou vendas a empresas com a situação de canceladas no cadastro estadual, quer por erro na alíquota utilizada, quer pela não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto devido, quer por ambas as situações. Regularmente intimado a apresentar as notas fiscais de saídas referentes a 2004 deixou de apresentá-las.

INFRAÇÃO 9. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS previsto pelo Programa Bahiaplast, no valor de R\$2.685,03, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher, relativo ao período junho de 2004, outubro a dezembro de 2005 e abril de 2006. Contribuinte beneficiário do Bahiaplast até abril/06 com crédito presumido de 50% nas vendas interestaduais de produção própria, conforme Res. 29/99 em anexo, utilizou-se irregularmente deste benefício quando efetuou vendas interestaduais de aparas, produto este não incluído na resolução supramencionada. Infringiu também o art. 509, § 3º, I do RICMS-BA.

INFRAÇÃO 10. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS previsto pelo Programa Bahiaplast, no valor de R\$9.642,57, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher, relativo ao período janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005 e janeiro de 2006. Contribuinte beneficiário do Bahiaplast até abril/06 com crédito presumido de 41,1765% nas vendas estaduais de produção própria, conforme Res. 29/99 em anexo, utilizou-se irregularmente deste benefício quando efetuou vendas de aparas dentro do estado, produto este não incluído na resolução supramencionada. Infringiu também o art. 509, § 6º, I combinado com o art. 344 e §2º do RICMS-BA.

INFRAÇÃO 11. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$4.077,65, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, relativo ao período fevereiro a maio, julho a outubro de 2004, fevereiro a abril, junho, julho, setembro a novembro de 2005, janeiro e março de 2006. Contribuinte beneficiário do Bahiaplast até abril/06 com crédito presumido de 41,1765% nas vendas estaduais de produção própria, conforme Res. 29/99 em anexo, recolheu o ICMS a menos quando efetivou vendas de seus produtos, utilizando-se da alíquota de 7% a empresas inscritas no cadastro de contribuintes do Estado como normais, quando a alíquota correta é 17%. Regularmente intimado a apresentar as notas fiscais de saídas referentes a 2004 deixou de apresentá-las.

INFRAÇÃO 12. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$39.877,77, em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno, relativo ao período janeiro a maio, julho a dezembro de 2004, janeiro a junho, agosto a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006. Contribuinte regularmente intimado a comprovar o retorno de mercadorias sa fazê-lo.

INFRAÇÃO 13. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$180,00, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas e relativo ao período janeiro e novembro de 2005, dezembro de 2006. Contribuinte deu saídas interestaduais de brindes sem efetuar a devida tributação.

INFRAÇÃO 14. Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, no valor de R\$63.605,83, relativo ao período janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006.

INFRAÇÃO 15. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$2.924,46, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, relativo ao período janeiro, março, abril, junho, agosto, outubro a dezembro de 2004, janeiro e março de 2005, março de 2006.

INFRAÇÃO 16. Recolheu a menos ICMS no valor de R\$32.800,57, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, relativo ao período maio a dezembro de 2006. Contribuinte beneficiário do Desenvolve desde 28/04/06, conforme Res. 29/2006, em anexo, utilizou-se indevidamente deste benefício sobre: 1) Vendas de mercadorias adquiridas/transferidas de terceiros; 2) Vendas de aparas, mercadoria não beneficiadas por sua resolução Desenvolve, alienada a terceiros, em condição distinta de “normal” no Cadastro Estadual ou não desoneradas da habilitação de diferimento; 3) Valores lançados a débito no LRAICMS, a título de diferencial de alíquota de uso/consumo. Além das situações acima descritas, o contribuinte também se equivocou na apuração do imposto devido, quando: a) vendeu mercadorias de sua produção pela alíquota de 7%, do art. 51, I, “c”, do RICMS-BA, a empresas inscritas no Cadastro Estadual como “Normais”, quando a alíquota correta é 17%, conforme prevista no art. 50, I, “a” do RICMS-BA; b) vendeu mercadorias de sua produção a empresa cancelada no Cadastro Estadual, portanto, sem a inclusão do valor do IPI na base de cálculo do imposto devido;

INFRAÇÃO 17. Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$46,98, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Desenvolve, relativo ao período setembro de 2006.

Às fls. 1715 a 1735 o autuado impugna o lançamento inicialmente reconhecendo como devidas as infrações 1, 3, 5, 8, 13 e 17, em sua integridade dizendo ter recolhido o valor a elas correspondente.

Durante a fase de instrução processual o contribuinte apresentou requerimentos para, sob benefício da Lei nº 11.908/2010 reconhecer como devidas as infrações 6, 7, 14 e 15. Assim, restam impugnadas apenas as infrações 2, 4, 9, 10, 11, 12 e 16, na seguinte forma:

INFRAÇÃO 2:

Nega que foi intimado de forma específica para apresentar a ocorrência policial do ocorrido como afirmam os autuantes, pois isto não se vislumbra em nenhuma das intimações a ele dirigidas.

Preliminarmente, observa que há conflito na tipicidade da infração a que aludem os autuante que informam que foram infringidos os art. 97, IX, 112, §2º, 654, V do RICMS-BA, os quais transcreve, vez que o crédito foi feito por meio de NF de entrada e na NF 20513 consta destacado o ICMS, não se podendo ao mesmo tempo tipificar como vedação ao crédito (art. 97) e estorno de débito e a indicação dos art. 91, 92 e 124 do RICMS-BA, os quais também transcreve, contém disposições estranhas ao fato ocorrido. Assim, entende a infração nula sob o agasalho do art. 18 do RPAF.

Ressalta que, caso seja vencida a questão de nulidade, diz que o ocorrido foi o desvio da carga pelo motorista não tendo a mercadoria chegada ao seu destino e o autuante (sic) seguiu rigorosamente os ditames regulamentares para a utilização do crédito, conforme comprovam os documentos que junta (doc. 3), a saber:

- a) comunicou à autoridade policial, desvio de carga/apropriação motorista da carga, conforme Boletim de Ocorrência de nº 11206

- b) comunicou o fato à SEFAZ-BA através do comunicado protocolado sob nº 207966/2006-9 (doc. 3.2);
- c) pediu baixa junto ao Banco portador do título de cobrança correspondente à nota fiscal 20513 (doc. 3.3);
- d) emitiu a nota fiscal de entrada 21557 (doc. 3.4), regularmente escriturada à fl. 69 do RE nº 11 (doc. 3.5) para anular a saída da NF 21503 (doc. 3.6), regularmente registrada no RS nº 11, à fl. 69.

INFRAÇÃO 4:

Também diz que há imprecisão quanto à tipificação da infração alegada, pois ao enquadrar como infração aos arts. 91, 92 e 124 do RICMS, os autuantes olvidaram de confrontar com os fatos, vez que não se trata de documento inidôneo (arts. 91 e 92) e tampouco de aplicação de regras de recolhimento do imposto (art. 124), pelo que também entende se verificar nulidade da infração por contradição entre a descrição da infração e seu enquadramento, pois ou é crédito indevido ou é documento inidôneo.

Seguindo, diz que, caso a argumentação de nulidade não seja suficiente para convencer os julgadores, reitera que a autuante esteve de posse dos documentos fiscais de entrada das mercadorias.

Diz que não deixou de apresentar os documentos fiscais pertinentes e, como prova, junta as Notas Fiscais nºs 69198, 31981, 17981, 18241, 181317, 131313, 152106, 10132, 15357, 15508, 15914 e 7355, referentes a aquisições de mercadorias (doc. 4). Quanto às demais, por extravio e invocando o princípio da busca da verdade material, junta documento interno denominado “Boletim de Recebimento de Mercadorias/Serviços – BL (doc. 5), onde constam os números dos documentos, comprovando que efetivamente as mercadorias entraram no estabelecimento adquirente, ao tempo que roga pela juntada posterior de cópias das notas fiscais.

INFRAÇÕES 9 e 10:

Transcreve o art. 509, §§ 3º e 6º, inciso I, do RICMS-BA e arts. 7º, 9º, 10º e 13º do Dec. 7439/98, citados como infringidos, para dizer que os autuantes não souberam caracterizar qual teria sido, de fato, a suposta infração cometida.

A seguir, insere na defesa lição do Profº. Eliseu Martins sobre sucatas e subprodutos, para dizer que as aparas guardam igualdade na essência e que são resultantes (acessórios) do principal (produtos abrigados pelo benefício fiscal).

Transcreve os arts. 109 e 110, 111 e 108 do CTN, assim como os arts. 92 e 95 do Código Civil, para argumentar que não há que se falar em aparas esquecendo-se do principal e, se o principal é alcançado pelo benefício, não havendo norma excludente, o acessório segue o principal.

Salienta que tanto a Resolução nº 29/99 quanto o Decreto nº 7439/98, falam em saídas dizendo apenas que tenham que ser de fabricação do estabelecimento, não podendo os autuantes ampliar a interpretação das normas estatuídas, uma vez que, em matéria tributária, a interpretação tem que ser literal, *vis a vis* do art. 111 do CTN, entendendo que se ainda houvesse alguma dúvida sobre interpretação do disposto no Dec. 7439, ou qualquer lacuna legislativa, o art. 108 do CTN veda cobrança de tributo pelo emprego da analogia, a qual aparentemente foi utilizada pelos autuantes, com o que entende improcedente a exigência fiscal dessas infrações.

INFRAÇÃO 11:

Diz que todos os destinatários dos documentos fiscais relacionadas nesta infração são contribuintes optantes pelo regime de tributação do antigo SimBahia, conforme atestam os documentos de informação eletrônica (doc. 7), disponível no sítio 29/1009, com o que as operações destinadas a esses estabelecimen alíquota de 7%, por força do art. 51, inciso I, alínea “c” do RICMS-BA

Aduz que ao afirmarem que os destinatários são contribuintes “normais” juntando cópia dos seus dados cadastrais, evidenciam conflito de informações geradas pela própria SEFAZ-BA, configurando-se cerceamento de defesa, pois os autuantes não lhe disponibilizaram as cópias dos “dados cadastrais”, pelo que pede sejam apresentados estes documentos como forma de esclarecimento da condição cadastral dos destinatários.

INFRAÇÃO 12:

Argumenta que não houve o cotejo dos documentos fiscais disponíveis aos autuantes (doc. 2.5). Não obstante, diz juntar cópias das notas fiscais de retorno dos respectivos prestadores de serviço onde expressamente são citados os números das notas fiscais que documentaram as saídas do autuado (doc. 8), pelo que deve ser considerada improcedente essa acusação fiscal.

INFRAÇÃO 16:

A impugnou junto com a infração 15 falando que, diferentemente dos demais itens, os autuantes não descreveram o exigido detalhamento das infrações supostamente cometidas, não sendo possível saber com precisão, qual o escopo da autuação, vez que as mesmas notas relacionadas estão sendo objeto da autuação nas infrações 09 e 10 (infração 15) e também na infração 04 (infração 16, item 4), com o que entende nulas as infrações com base no art. 18 do RPAF.

Concluindo, à vista dos fatos, argumentos e fundamentações que expôs, particularmente, em relação à nulidade das infrações cuja descrição diz não permitir ou não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, requer seja declarada a nulidade do Auto de Infração, quer por encontrar-se formalmente ilegal (erro de tipicidade, erro na aplicação da penalidade) quer porque entende se encontrar materialmente viciado por cobrança indevida. Requer, ainda, não sendo acatado o pedido de nulidade, seja o auto revisado por Auditor estranho ao feito.

Às fls. 1901 a 1912, os autuantes prestam a seguinte informação fiscal:

INFRAÇÃO 2:

Diz que o contribuinte deu saída a mercadoria de sua produção através da 1ª via da Nota Fiscal de Saída nº. 20.513, de 190806 e em 29/12/06 emitiu a Nota Fiscal de Entrada nº. 21.557, alegando a ocorrência de sinistro, mas intimado deixou de apresentar a ocorrência policial do corrido e também a primeira via da nota fiscal de saída.

Entretanto, considerando que junto à defesa o contribuinte trouxe aos autos o Boletim de Ocorrência, o acata como documento suficiente para elidir a infração 2.

INFRAÇÃO 4:

Acolhem as Notas Fiscais nºs 69198, 31981, 17981, 18241, 181317, 131313, 152106, 10132, 15357, 15508, 15914 e 7355, trazidas aos autos junto à defesa e que se encontram às fls. 1763 a 1773, para reduzir o valor da infração, conforme novos levantamentos fiscais que anexa ao PAF às fls. 1913 a 1915.

Quanto aos “outros documentos” que também o contribuinte anexa como elementos de prova, assim não os considera por não atenderem às exigências legais para aproveitamento do crédito.

INFRAÇÕES 9 e 10:

Diz que o contribuinte se defende conjuntamente das infrações 09 e 10, não obstante a infração 09 tratar das saídas interestaduais de sucatas/áparas, não amparadas pelo benefício do Bahiaplast e com o agravante de estarem desacompanhadas de DAE – conforme previsto no art. 509 e §3º, I do RICMS-BA, e a infração 10 abrangerem as operações com sucatas/áparas, ocorridas dentro do Estado e que se beneficiaram indevidamente do Bahiaplast, infringindo ainda os arts. 509, § 6º, I, c/c o art. 344, §2º do RICMS-BA, que exigem que o adquirente ou destinatário da mercadoria seja inscrito na condição de contribuinte normal ou esteja expressemente do diferimento do imposto.

Diz que o Impugnante não nega que tenha se aproveitado do crédito presumido previsto no Bahiaplast, quando vendeu aparas/sucatas (produtos não incluídos na sua Resolução nº 29/99, conforme art. 1º, I) e também não contesta quaisquer das notas fiscais relacionadas nos levantamentos fiscais, nem seus valores. Fala que o contribuinte apenas pretende convencer que as sucatas devem ter o mesmo tratamento tributário que os produtos abrangidos pela resolução citada, mas que tal entendimento não tem abrigo legal, inclusive porque a legislação estadual dispõe sobre resíduos/sucatas no art. 509, § 1º do RICMS-BA, dizendo que sucata é a mercadoria ou parcela desta que não preste para a mesma finalidade para a qual foi produzida, sendo irrelevante que a mercadoria ou parcela conserve a mesma natureza originária.

Mantém as infrações 9 e 10 nos valores originais.

INFRAÇÃO 11:

Exercícios 2004, 2005 e 2006 – Diz que o contribuinte, beneficiário do Bahiaplast até abril de 2006, autorizado à utilização de crédito presumido de 41,1765% nas vendas para o Estado da produção própria, recolheu ICMS a menos quando efetuou vendas de seus produtos, utilizando-se da alíquota de 7% a empresas inscritas no cadastro estadual como contribuintes normais, portanto, sujeitas à alíquota de 17% e, quando intimado, deixou de apresentar as notas fiscais de saídas referentes a 2004.

Dizem que o contribuinte não nega que tenha efetuado as operações descritas na autuação, afirmando que se utilizou dos dados cadastrais disponíveis à época das operações e que os autuantes não disponibilizaram à autuada as cópias dos tais “dados cadastrais”.

Mantém a infração 11 nos valores originais.

INFRAÇÃO 12:

Exercícios 2004, 2005 e 2006 – Diz que o contribuinte, intimado, deixou de comprovar o retorno das mercadorias saídas para conserto.

Falam que na defesa o contribuinte apresentou notas fiscais de retorno de consertos que estão entre as fls. 1800 e 1886, que, examinadas, constata-se o seguinte:

- a) não cobrem a totalidade das notas fiscais de saídas apontadas como sem retorno;
- b) que muitas das cópias apresentadas estão em duplicidade;
- c) que são vias distintas das primeiras;
- d) que nem todas as notas fiscais apresentadas foram lançadas no LREM.

Produziram novos demonstrativos relativos a esta infração abatendo-se notas fiscais apresentadas na defesa, ajustando o valor devido.

INFRAÇÃO 16:

Dizendo que a defesa limita-se a pedir a nulidade dessa infração, informam:

1. que a infração 4 (glosa de crédito por não apresentação do documento comprobatório do direito), em todos os seus itens (mesmo no item 4, exemplo referido pelo autuado, correspondente a agosto de 2006), tem existência autônoma, e a sua exigência não afeta os valores que compõem a apuração do ICMS (o que pode ser constatado pela comparação do valor total lançado nas entradas – a crédito, em agosto de 2006 – coluna M do levantamento fiscal apuração do ICMS, ao lançado pelo contribuinte em seu LRAICMS – total do crédito do imposto – fl. 1642).
2. que os levantamentos fiscais que compõem a infração 16 são auto-explicativos e foram entregues em cópia ao contribuinte.

Também entendendo que não há fato novo capaz de modificá-lo, n. nessa infração.

Concluem dizendo que diante de algumas alterações acatadas, elaboraram novo demonstrativo de débito em substituição ao de fls. 11 a 21, cuja cópia entregaram ao contribuinte.

Instado a se manifestar a cerca da Informação Fiscal, o autuado volta aos autos à fl. 1928 reiterando todas suas razões expostas na impugnação, particularmente em relação à nulidade das infrações cuja descrição entende não permitir ou não conter elementos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

À fl. 1933, os autuantes se manifestam ratificando o lançamento nos valores ajustados por ocasião da Informação Fiscal.

Às fls. 1936 a 1945 constam extratos dando conta de pagamento de valores relativos ao Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração cuida das seguintes infrações: 01. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por utilização a mais que o destacado no (s) documento (s) fiscal (is); 2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito; 3. Recolhimento a menos de 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 desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial; 4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito; 5. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais no(s) documento(s) fiscal(is); 6. Utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS previsto pelo Programa Bahiaplast, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher; 7. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS previsto pelo Programa Bahiaplast, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher; 8. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto; 9. Utilização indevida de crédito fiscal presumido de ICMS previsto pelo Programa Bahiaplast, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher; 10. Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS previsto pelo Programa Bahiaplast, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher; 11. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; 12. Deixou de recolher ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem o devido retorno; 13. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis; 14. Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários; 15. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto; 16. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto; 17. Recolheu a menos em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Desenvolve.

O contribuinte impugnou o lançamento alegando, preliminarmente, em relação à infração 2, conflito na tipicidade da infração a que aludem os autuantes que informam que foram infringidos os art. 97, IX, 112, §2º, 654, V do RICMS-BA, vez que o crédito foi feito por meio de nota fiscal de entrada e na Nota Fiscal nº 20513 consta destacado o ICMS, não se podendo ao mesmo tempo tipificar como vedação ao crédito (art. 97) e estorno de débito e a indicação dos art. 91, 92 e 124 do RICMS-BA, contém disposições estranhas ao fato ocorrido. Assim, entende a infração nula, sob o agasalho do art. 18 do RPAF.

Também disse que há imprecisão quanto à tipificação da infração 04, pois ao enquadrar como infração aos arts. 91, 92 e 124 do RICMS, os autuantes olvidaram de confrontar com os fatos, vez que não se trata de documento inidôneo (arts. 91 e 92) e tampouco de aplicação de regras de recolhimento do imposto (art. 124), pelo que, também entende se por contradição entre a descrição da infração e seu enquadramento, é documento inidôneo.

Também, em relação às infrações 15 e 16, dizendo que os autuantes não descreveram o exigido detalhamento das infrações supostamente cometidas, não sendo possível saber com precisão, qual o escopo da autuação, vez que as mesmas notas relacionadas estão sendo objeto da autuação nas infrações 09 e 10 (infração 15) e também na infração 04 (infração 16, item 4), com o que entende nulas as infrações com base no art. 18 do RPAF.

Não obstante perceber que a superação das nulidades suscitadas se completará com a oportuna análise de mérito das infrações, uma vez que nas preliminares o Impugnante inadvertidamente mesclou nessas preliminares algumas razões de mérito, passo a apreciar as preliminares de nulidades.

Em relação à infração 2, conforme o disposto no parágrafo único do art. 155 do RPAF a análise da preliminar fica prejudicada tendo em vista, que por ocasião da Informação Fiscal os autuantes acolheram as provas apresentadas pelo Impugnante as quais elidiram a acusação fiscal integralmente.

No que diz respeito à infração 4 não observo qualquer incongruência entre a infração imputada e sua tipificação, vez que não se trata de crédito em razão de documento fiscal inidôneo, como quer fazer crer o Impugnante, mas uso de crédito indevido sem a devida comprovação do direito por documento fiscal próprio como condiciona os arts. 91 e 92 indicados na infração, sendo que o art. 124 trata do conseqüente recolhimento do imposto que deixou de ser efetuado.

No que diz respeito à preliminar suscitado em relação às infrações 15 e 16, em concreto não há imprecisão quanto ao escopo da autuação, estando as infrações devidamente evidenciadas no composto dos autos, nelas não existindo a confusão entre documentos de diversas infrações como alega o Impugnante, aspecto que será abordado na análise de mérito das infrações.

De todo modo, vejo que o PAF está revestido das formalidades legais, nele estando determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, sendo precisamente indicados os dispositivos legais infringidos, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, pois que a exigência fiscal está fundamentada em diplomas legais vigentes e em demonstrativos e documentos dos quais foram dadas cópias ao autuado, de modo a possibilitar-lhe o exercício do contraditório com plena garantia da ampla defesa sem o mínimo cerceio de seu direito.

Portanto, compulsando os autos, em momento algum detectei ofensa ao devido processo legal, uma vez que foi facultado ao contribuinte o direito de audiência, tendo ele contraditado todo o lançamento, exercendo, assim, o seu direito de ampla defesa em manifestações inequívocas de que o processo em análise transcorre dentro do devido processo legal, razões pelas quais afasto as nulidades suscitadas.

Superadas as questões preliminares, passo a analisar o mérito das infrações.

De pronto, constato que as infrações 1, 3, 5, 8, 13 e 17 estão expressamente reconhecidas como cometidas na Impugnação e seus valores reconhecidos como devidos. Portanto, afastadas da presente lide estão estas infrações. Da mesma forma, em razão do pagamento nos termos da Lei 11.908/2010, conforme os requerimentos juntados às fls. 1947 a 1954, também se afastam da lide as infrações 6, 7, 14 e 15, com o que restam como objeto de apreciação as infrações 2, 4, 9, 10, 11, 12 e 16.

Passo, então, a apreciar as restantes infrações, conforme abaixo, de logo precisando que as infrações 9, 10 e 11 envolvem fatos relacionados a benefícios do programa BAHIAPLAST, a 16 a benefício do programa DESENVOLVE e as infrações 4, 11 e 12, embora relativas a período em que o autuado foi beneficiário dos programas de incentivo citados, não se relacionam a fatos a eles relativos.

INFRAÇÃO 2

Item improcedente pelas razões acima já expostas na preliminar.

INFRAÇÃO 4:

Essa infração cuida da glosa de crédito fiscal em face de falta de comprovação documental do direito a ele relativo e o autuado se defendeu apresentando as Notas Fiscais de Entrada nºs 69198, 31981, 17981, 18241, 181317, 131313, 152106, 10132, 15357, 15508, 15914 e 7355, além de alegar extravio das demais.

Por ocasião da Informação Fiscal os autuantes acataram como prova as notas fiscais apresentadas, excluindo os créditos a elas relativos e ajustaram o valor devido de R\$12.271,14 para R\$1.146,90.

Considerando que instado a se pronunciar acerca da Informação Fiscal, na manifestação de fl. 1928 o autuando se limitou a ratificar suas razões de defesa, nada falando sobre os novos dados dessa infração e, considerando que não reparo incorreção nos demonstrativos do ajuste efetuado, acolho como correto o novo valor apontado como devido.

Infração procedente em parte.

INFRAÇÃO 9:

Essa infração refere-se ao uso indevido de crédito fiscal presumido de ICMS relativo a vendas interestaduais de sucatas e aparas.

Na Impugnação o autuado não negou esse uso do crédito presumido e centrou sua razão de defesa na tese de que esses produtos devem ter o mesmo tratamento tributário que os produtos expressamente discriminados na Resolução que lhe concedeu os benefícios do programa BAHIAPLAST. Entretanto, esse argumento não tem guarida legal, pois os seus benefícios fiscais são apenas os expressamente mencionados na Resolução nº 29 (fl. 34), quais sejam, o crédito presumido de 41,1765% nas saídas para o mercado estadual e 50% nas operações de saídas interestaduais de sacaria industrial, filmes contratais, bobinas técnicas e laminados, produtos acabados que não se confundem com sucatas e aparas aos quais o autuado estendeu os benefícios fiscais fazendo uso de uma interpretação extensiva que é vedada pela legislação tributária (art. 111 do Código Tributário Nacional). Portanto, correto está o lançamento tributário dessa infração.

Item procedente.

INFRAÇÃO 10:

Trata-se de lançamento relativo à mesma situação da infração 09, mas referente ao mercado interno da Bahia, que também está correto pelas razões já expostas, devendo ser mantido na íntegra.

Item procedente.

INFRAÇÃO 11:

A infração cuida de recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na apuração da alíquota aplicável nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas em relação a vendas de mercadorias a contribuintes inscritos no cadastro de contribuintes da Bahia como do regime normal de contribuição e o autuado aplicou alíquota inferior como se as vendas foram destinadas às micro e pequenas empresas.

Também vejo que na Impugnação o autuado não nega que tenha realizado as operações como lhe são acusadas, limitando-se a afirmar que utilizou os dados cadastrais disponíveis à época das operações, argumento que se choca com as informações cadastrais dos contribuintes adquirentes que se encontram nas fls. 516 a 542 dos autos e que corroboram com a acusação fiscal, razão pela qual vejo que o lançamento não merece reparo em relação a essa infração devendo portanto ser mantido no seu valor original.

Item procedente.

INFRAÇÃO 12:

Trata-se de falta de recolhimento de ICMS em razão de remessa de bens para conserto, sem a devida comprovação do retorno.

Junto à Impugnação o contribuinte autuado trouxe aos autos as notas fiscais que constam às fls. 1800 a 1886.

Na Informação Fiscal os autuantes alegando impossibilidade de correlacionar todas as notas fiscais de retorno apresentadas com os documentos originais de remessa de bens para conserto, acataram apenas algumas das notas como prova do retorno de bens ao estabelecimento autuado, ocasião em que elaboraram os novos demonstrativos de fls. 1916 a 1919 dos autos, reduzindo o valor exigido de R\$39.877,77 para R\$11.858,50.

Considerando que instado a se pronunciar acerca da Informação Fiscal, na manifestação de fl. 1928 o autuando se limitou a ratificar suas razões de defesa, nada falando sobre os novos dados dessa infração e considerando que não reparo incorreção nos demonstrativos do ajuste efetuado, acolho como correto o novo valor apontado como devido.

Item procedente em parte.

INFRAÇÃO 16:

Essa infração refere-se a recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto decorrente de auditoria em que foi refeita a apuração do imposto devido considerando os benefícios fiscais concedidos ao autuado pela Resolução nº 29/2006 do programa DESENVOLVE que consta da fl. 36 dos autos em que o contribuinte se utilizou indevidamente de benefício fiscal sobre: a) vendas de mercadorias adquiridas ou transferidas de terceiros; b) vendas de aparas a terceiros em condição distinta de contribuinte sob regime de contribuição normal do ICMS, ou não desoneradas da habilitação para operar no regime de diferimento do imposto; c) valores lançados a débito no livro Registro de Apuração do ICMS a título de diferencial de alíquota sobre aquisição de mercadorias para uso e consumo. Nesta infração, também se acusa que o contribuinte equivocou-se na apuração do ICMS devido em face da sua Resolução do DESENVOLVE quando: a) vendeu mercadorias de sua produção pela alíquota de 7º a empresas inscritas no Cadastro Estadual como contribuintes sujeitos ao regime normal do ICMS, cuja alíquota correta é 17%; b) vendeu mercadorias de sua produção a empresa com cadastro cancelado e sem inclusão do IPI na base de cálculo do imposto. Os dados dessa infração estão demonstrados nas fls. 871 a 875 dos autos, onde, inclusive estão listados os documentos fiscais que sustentam os itens citados.

O contribuinte impugnou essa infração de forma conjunta à infração 15 (que, posteriormente, reconheceu devida com seu pagamento) alegando apenas preliminar de nulidade em face de os autuantes não terem descrito detalhadamente as infrações, razão pela qual entende não ser possível saber com precisão qual o escopo da autuação vez que, segundo ele, as mesmas notas relacionadas a esta infração estariam sendo objeto de autuação na infração 04.

Entretanto, o argumento defensivo não pode prosperar porque tratam de assuntos completamente distintos como abaixo explico.

Como já acima indicado, a infração 16 trata de uso inadequado de benefícios fiscais pela empresa quando em gozo da Resolução do programa DESENVOLVE, conforme demonstrativos de fls. 871 a 875, enquanto que a infração 4 se refere à glosa de crédito fiscal destacado em documento fiscal de entrada por falta de comprovação documental do direito, e que, em face do acolhimento de documentos fiscais apresentados pelo Impugnante, teve o valor exigido ajustado na forma demonstrada nas fls. 1913 a 1915, valor que não mais foi objetado pelo contribuinte.

Portanto, as infrações 4 e 16 possuem fundamentos autônomos e a outro, tendo em vista que o valor do crédito fiscal considerado p devido do ICMS no levantamento fiscal relativo à infração 16, f

lançou em seu LRAICMS (fls. 871 e 1.642), portanto, neste incluído o valor indevidamente creditado pelo autuado e objeto da exigência pela infração 04, não cabendo o argumento defensivo de que nessa infração também se estaria repetindo a exigência da infração 04.

Assim, ao contrário do que alega o Impugnante, vejo preciso o escopo da infração 16, inclusive, concordando com os demonstrativos a ela relativos e que compõem as fls. 871 a 875 dos autos, razão pela qual a exigência fiscal não é passível de correção, devendo, portanto, ser mantida.

Deste modo, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que, em razão dos ajustes efetuados pelos autuantes por ocasião da Informação Fiscal, passa para o valor de R\$146.211,46, cujo demonstrativo de débito consta das fls. 1920 a 1924 dos autos, devendo ser homologa os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207090.0006/09-0, lavrado contra **IPLASA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$146.211,54**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

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, 07 de outubro de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA