

A. I. Nº - 210432.0003/07-8
AUTUADO - ENGEPACK EMBALAGENS S/A.
AUTUANTE - LUCIANO SILVA MORAES
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 05/04/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-03/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou reduzido. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. a) SUCATAS.** Pela descrição dos produtos nas Notas Fiscais, foram realizadas operações comerciais com sucatas, mercadorias tributáveis, cujo pagamento do imposto não foi comprovado pelo autuado. Refeitos os cálculos, mediante diligência fiscal, o imposto exigido ficou reduzido. **b) MERCADORIA NÃO AMPARADA PELO DIFERIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Trata-se de operação com mercadoria impossibilitada de adoção do regime de diferimento. Infração subsistente. **3. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO.** Os cálculos foram refeitos, excluindo-se os recolhimentos comprovados por meio de Documentos de Arrecadação. **4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. a) OPERAÇÃO INTERESTADUAL DE SAÍDA DE MERCADORIA.** Trata-se de devolução de mercadoria, tendo sido aplicada a mesma alíquota do documento originário. Infração insubsistente. **b) VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A CONTRIBUINTES DO REGIME NORMAL OU DO SIMBAHIA INAPTO COM APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. c) VENDA DE MERCADORIAS POR EMPRESA INDUSTRIAL A CONTRIBUINTES DO SIMBAHIA. APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE 7%, EM VEZ DE 17%. FALTA DE REPASSE, AOS ADQUIRENTES, DO BENEFÍCIO EQUIVALENTE À REDUÇÃO DA CARGA TRIBUTÁRIA. d) VENDAS DE MERCADORIAS A NÃO CONTRIBUINTES DO IMPOSTO.** Houve desistência da defesa apresentada, conforme requerimento formal do defendente, para fruição dos benefícios da Lei nº 11.908/2010. **5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração não impugnada. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO.** Não constituem “materiais de consumo” aqueles que são

diretamente empregados na atividade-fim da fábrica, mas sim produtos intermediários, espécie do gênero insumos industriais. Excluídas as parcelas relativas aos insumos industriais. Infração subsistente em parte. 7. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. 8. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Infrações não impugnadas. 9. EXPORTAÇÃO. a) FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA SAÍDA DO PAÍS. b) REMESSA COM O FIM ESPECÍFICO DE EXPORTAÇÃO NA MODALIDADE EXPORTAÇÃO INDIRETA. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Ficou comprovado que foram canceladas as operações de exportação, objeto da autuação. Infrações insubsistentes. 10. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. 11. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO ELETRÔNICO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Quanto a estas infrações, houve desistência da defesa apresentada, conforme requerimento formal do defendente, para fruição dos benefícios da Lei nº 11.908/2010. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/10/2007, refere-se à exigência de R\$2.192.425,29 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$794.311,26, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2003 a março de 2006. Valor do débito: R\$23.479,49.

Infração 02: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referentes às saídas de sucatas com diferimento de ICMS para destinatários em situação de INAPTO, isento de inscrição estadual ou não habilitado para adquirir tais mercadorias com diferimento do imposto, no período de fevereiro de 2003 a março de 2006. Valor do débito: R\$34.965,54.

Infração 03: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, por ter considerado de forma indevida que as referidas saídas de preformas diversas estariam amparadas pelo benefício do diferimento para destinatário que só possuía habilitação de diferimento para as aquisições de preforma de 2 litros, no período de março de 2002 a março de 2006. Valor do débito: R\$753.364,59.

Infração 04: Deixou de recolher o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários, contrariando o art. 343, inciso XVIII, combinado com o art. 399, inciso II, alínea “k” e art. 504, inciso IV do RICMS/BA, no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2005. Valor do débito: R\$72.801,29.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por ter realizado vendas interestaduais com alíquota especial de 7%, sem previsão legal, contrariando o disposto no inciso II do art. 50 do RICMS/BA, nos meses de agosto a outubro de 2002. Valor do débito: R\$12.561,03.

Infração 06: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por ter realizado vendas internas de mercadorias com a alíquota especial de 7%, para contribuintes inscritos sob a condição de normal ou microempresa em situação de INAPTO, contrariando o disposto no art. 51 do RICMS/BA, no período de fevereiro de 2003 a janeiro de 2006. Valor do débito: R\$24.536,19.

Infração 07: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por ter realizado vendas internas para microempresas com alíquota especial de 7%, sem ter repassado o desconto do valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, conforme o disposto no art. 51, § 1º do RICMS/BA, no período de janeiro de 2002 a março de 2006. Valor do débito: R\$110.688,82.

Infração 08: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Transferências interestaduais com preço abaixo da base de cálculo regulamentar, prevista no art. 56, inciso VI do RICMS/97. Valor do débito: R\$121.762,87.

Infração 09: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da federação, utilizando alíquota interestadual, contrariando o disposto no inciso II do art. 50 do RICMS/BA, no mês de novembro de 2004. Valor do débito: R\$19.641,54.

Infração 10: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2003 a março de 2006. Valor do débito: R\$100.361,24.

Infração 11: Deixou de proceder a retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transportes interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, ou em razão de o fornecedor do referido serviço de transporte encontrar-se em situação de INAPTO, nos meses de janeiro a maio de 2002 e de março a novembro de 2005. Valor do débito: R\$47.359,15.

Infração 12: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições para comercialização de mercadorias de outra unidade da Federação, nos meses de agosto, setembro, dezembro de 2004 e de janeiro a agosto de 2005. Valor do débito: R\$75.478,12.

Infração 13: Recolhimento do ICMS antecipação parcial efetuado a menos, referente às aquisições para comercialização de mercadorias de outra unidade da Federação, nos meses de junho de 2004; setembro, novembro, dezembro de 2005 e de janeiro de 2006. Valor do débito: R\$22.079,89.

Infração 14: Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registro de Exportação, nos meses de julho e agosto de 2002. Valor do débito: R\$328.185,30.

Infração 15: Deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com fim específico de exportação (exportação indireta) sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Registros de Exportação emitidos pelo destinatário, condição necessária ao reconhecimento da não incidência, conforme previsto no Convênio ICMS 113/96, nos meses de julho e agosto de 2002. Valor do débito: R\$438.260,23.

Infração 16: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro de 2003; março, maio, julho, setembro de 2004; dezembro de 2005; janeiro a março de 2006, sendo exigido multa no valor total de R\$17.566,71.

Infração 17: Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Consta, na descrição dos fatos, que apesar de regularmente intimado em 22/06/2006 e reintimado em 15/08/2006, e ter solicitado prorrogação do prazo para apresentação dos arquivos magnéticos do SINTEGRA que o contribuinte estava obrigado a fornecer desde 18/08/2000, por ter solicitado e obtido autorização para uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD para escrituração de livros e para emissão de Notas Fiscais, deixou de cumprir sua obrigação de transmitir arquivos magnéticos para corrigir as inconsistências verificadas nos arquivos originalmente transmitidos com falta dos registros R-74 referente aos meses de janeiro e dezembro de 2002, dezembro de 2005 e dezembro de 2006, além de apresentar novos arquivos com ausência do registro R74 referente aos meses de janeiro e dezembro de 2003; janeiro e dezembro de 2004, conforme listagem diagnóstico indicando as irregularidades verificadas entregue ao contribuinte, sendo exigido multa no valor de R\$775.364,55. Consta, ainda, que o contribuinte deixou de transmitir os arquivos magnéticos referentes aos períodos de maio, julho e dezembro de 2006; março, abril e maio de 2007. Em relação ao período em que o contribuinte deixou de apresentar nos prazos previstos na legislação o arquivo magnético do SINTEGRA a que estava obrigado a fornecer, apesar de não ter sido intimado para entregar os mencionados arquivos, foi aplicada multa de R\$1.380,00, conforme prevê o art. 42, inciso XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96.

Infração 18: Falta de entrega de arquivos magnéticos, os quais deveriam ter sido enviados via internet através do programa validador Sintegra. Falta de transmissão dos arquivos magnéticos do SINTEGRA que o contribuinte estava obrigado a enviar desde 18/08/2000, por ter solicitado e obtido autorização para uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD para escrituração de livros e para emissão de Notas Fiscais, deixando de cumprir sua obrigação referente aos meses de maio, julho, dezembro de 2006 e de março a maio de 2007, sendo exigida multa no valor de R\$1.380,00.

O autuado requereu às fls. 911 a 913 do presente processo, a quitação parcial do Auto de Infração, no valor total de R\$309.229,07, conforme DAE que acostou aos autos (fl. 923), apresentando quadro demonstrativo dos seguintes valores reconhecidos: Infração 01: R\$8.671,29; Infração 02: R\$15,37; Infração 03: R\$49.496,95; Infração 04: R\$45.316,37; Infração 06: R\$22.973,97; Infração 10: R\$18.255,46; Infração 11: R\$42.491,23.

Consta às fls. 936/937, requerimento da ACRINOR ACRILONITRILA DO NORDESTE S/A pedindo a mudança da destinação de crédito a convalidar através do processo Certificado de Crédito de ICMS de nº 174984/2007-5, no valor de R\$1.000.000,00 e a transferência do valor parcial, no montante de R\$288.614,90 para a empresa ENGEPACK EMBALAGENS S/A, com a finalidade de pagar parte do imposto exigido no presente Auto de Infração, quitando parcialmente os débitos relativos aos itens 01, 02, 03, 04, 06, 10 e 11. De acordo com o Parecer final à fl. 946 do presente processo, foi deferido o pedido.

O autuado, por meio de advogado com procuração às fls. 986/987, apresentou impugnação (fls. 939 a 979), alegando que embora o Termo de Início de Fiscalização tenha sido lavrado em 03/10/2006, a empresa já havia sido intimada a apresentar livros e documentos desde 14/06/2006. Portanto, o procedimento fiscal se iniciou em 14/06/2006, nos termos do disposto no art. 26, inciso III do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Salienta que as intimações emitidas pela fiscalização solicitaram documentos relativos aos exercícios de 2003 a 2006 e a Ordem de Serviço referida no Termo de Início de Fiscalização (OS 517110/06, fls. 31/32) não é a mesma referida no Auto de Infração (OS 506373/07, fl. 01) esta última emitida após o início da ação fiscal. O autuado alega que não foi intimado do Termo de Início de Fiscalização nem lhe foi dada ciência a respeito das

ordens de serviço, em desrespeito ao art. 28, inciso I do RPAF. Diz que, apesar de as intimações recebidas pela empresa solicitarem documentos relativos aos exercícios de 2003 a 2006, a fiscalização lavrou o Auto de Infração relativo ao período de 2002 a 2007; a lavratura ocorreu em 22/11/2007, constituindo crédito tributário relativo a valores apurados no exercício de 2002. Entende que esses valores já estavam extintos pela decadência. Transcreve o art. 156 do Código Tributário Nacional – CTN, e argumenta que nos tributos sujeitos à modalidade de lançamento por homologação, o prazo decadencial para a Fazenda Pública constituir o crédito tributário está disposto no § 4º do art. 150 do CTN, que transcreveu. Entende que a aplicação do mencionado dispositivo legal é matéria pacífica na jurisprudência, conforme decisões do STJ que transcreveu às fls. 943/944 dos autos. Assegura que no presente caso, exige-se ICMS relativo ao período compreendido entre 01/01/2002 e 15/06/2007, mas o lançamento somente foi efetuado em 22/11/2007, por isso, somente poderia ter englobado os valores apurados após 22/11/2002, encontrando-se extintos por decadência os créditos tributários constituídos no presente Auto de Infração nos períodos anteriores a esta data. Cita o art. 146, III, “b” da Constituição Federal, que prevê que compete à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. Quanto às infrações 01 e 10, o defendente diz que reconhece a procedência parcial, exclusivamente em relação às operações de aquisição de Kurizet, Kurilex L-109, Raspador de óleo, Resistência, Inibidor de Corrosão, Anéis, Lubrificante, Aditivo, Engaxetamento, Filtro de ar, Gaxetas, Graxa, LMS 220, Lubrificante ALIM, Microbicida Nalco, Paste Cobre Anti-corr 300 ml, Rost Off, Silicone, Trava Torque Médio Wurth, Touwerclem, Tormopar Canhão, Válvula de 3 vias e Wurth Cleaner, pelo que já providenciou a quitação dos valores reconhecidos, conforme planilha de fls. 946/947. Afirmar que houve equívoco em algumas operações, porque a fiscalização considerou indevido o crédito apropriado, exigindo diferença de alíquota em relação a matérias-primas, material de embalagem e produtos intermediários. O autuado salienta que produz garrafas plásticas, nas quais se aplica os rótulos objeto da exigência fiscal e vende as mencionadas garrafas aos seus clientes, ou seja, os rótulos se integram ao produto final, e por isso, entende que o crédito foi corretamente apropriado e a diferença de alíquota não é devida. Diz que a fiscalização também entendeu como indevido o crédito fiscal apropriado pelo impugnante em decorrência da aquisição de barras de cola utilizada para colar os rótulos do produto final, tendo sido desconsiderados, também, os créditos fiscais relativos às aquisições de lâmpadas utilizadas pelo defendente na sua produção. Diz que são lâmpadas especiais que servem para esquentar as preformas (esboços de garrafas plásticas) que se assemelham a um tubo de ensaio e sem essas lâmpadas a máquina não esquentar a preforma, tornando impossível transformar preformas em garrafas, tendo em vista que não ocorrerá o “emborrachamento”, essencial para a fabricação das mercadorias produzidas pelo estabelecimento autuado. Assegura que em se tratando de produto intermediário, que tem participação direta, há contato com o produto e desgaste, por isso, entende que o direito ao crédito fiscal é cristalino, conforme estabelece o art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal, que transcreveu. Apresenta a definição de insumo e afirma que independente da natureza dos insumos, não há como negar o direito ao crédito fiscal, considerando que todos participam da atividade empresarial, e o conceito de insumo não pode ser interpretado de forma restritiva, devendo ser analisado se a mercadoria que originou o crédito é essencial à atividade empresarial. Reafirma que as lâmpadas, os rótulos e as barras de cola, são efetivamente essenciais à atividade produtiva, e por isso, possibilitam a utilização integral do crédito do imposto correspondente. Destaca decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão e assegura que “a entrada no estabelecimento de mercadorias e serviços os quais são necessários e indispensáveis à continuidade das atividades da Impugnante, torna incontestável o aproveitamento integral dos créditos resultantes na conta fiscal”. Diz que a falta do produto intermediário impede o surgimento do produto final, portanto, não há que se falar em simples uso e consumo dos produtos objeto da autuação fiscal, e sim, produtos intermediários. Para melhor análise do caso em questão, o defendente informa que apresenta demonstrativo de “Visualização do Processo Produtivo”, asseverando que além da exigência indevida em relação aos rótulos, lâmpadas especiais e barras de cola, o Auto de Infração exige diferença de alíquota

em relação as seguintes operações: a) retorno de ativo imobilizado que haviam sido enviados em comodato, conforme Notas Fiscais 24070, 24669, 25453, 5689, 7893, 6132, operações sem incidência do imposto nos termos do art. 6º, XIV, “a” do RICMS/BA; b) recebimento de mercadorias em empréstimo, conforme notas fiscais de números 6131 e 0317, dispensado de recolhimento do ICMS, conforme disposto no art. 6º, XIV, “a” do RICMS/BA; c) recebimento de mercadoria para amostra, conforme NF 504, operação sem incidência do imposto, nos termos do art. 16, I do RICMS/BA; d) recebimento de mercadoria em “remessa em garantia”, conforme Notas Fiscais de números 46189, 50114, 50513, 50547, 4384 e 2605; e) retorno de mercadorias enviadas para conserto, conforme NF 487306, operação com suspensão da incidência do imposto (art. 628 do RICMS/BA); f) compra de mercadoria junto a empresa de pequeno porte instalada fora do Estado, conforme NF 502, que não está submetida ao recolhimento da diferença de alíquota, conforme art. 7º, V, do RICMS/BA; g) improcedência do valor relativo à diferença de alíquota da Nota Fiscal nº 1325 por se tratar de aquisição de compressor destinado ao ativo fixo do estabelecimento (art. 7º, IV, do RICMS/BA). Pede que seja cancelada a exigência fiscal em relação aos itens questionados por entender que se caracterizam como insumos ou por não estarem sujeitos ao pagamento da diferença de alíquota.

Infração 02: O defendente informa que reconheceu a procedência das exigências relativas às Notas Fiscais de números 11735, 27788, 28237 e 35364 correspondentes às vendas para José Carlos Borges, no valor principal de R\$15,37. Quanto aos demais valores exigidos, alega que são indevidos. Com relação às Notas Fiscais de números 16357, 16614, e 16615, se referem a vendas para a Zona Franca de Manaus, operações isentas, conforme disposto no art. 29 do RICMS/BA, e as mercadorias foram devidamente internadas na mencionada Zona Franca. Diz que não deve prosperar a exigência com relação às vendas para Lwart Lubrificantes Ltda. e Petrolub Industrial Lubrificantes Ltda. por se tratar de vendas de óleo lubrificante usado ou queimado, isentas de ICMS, conforme art. 21, II do RICMS/BA. Quanto às saídas para J. Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papelão Velho, no valor principal de R\$17.976,09 e R\$149,11, respectivamente, alega que não procede a exigência do imposto, tendo em vista a existência de habilitação para adquirir as mercadorias com diferimento.

Infração 03: Afirma que as vendas foram realizadas para a empresa Norpet – Industria, Comércio e Representações de Embalagens Plásticas Ltda. amparada pelo benefício concedido no âmbito da BAHIAPLAST, sendo a Norpet habilitada para aquisição de preformas destinadas à fabricação de garrafas pet de dois litros. Diz que não estão cobertas pelo benefício de diferimento apenas as vendas relativas às preformas de 17, 18, 22 e 26 gramas, tendo em vista que a exigência referente às preformas de 18, 22 e 26 gramas foram extintas pela decadência. Portanto reconhece o débito em relação às vendas com diferimento das preformas de 17 e 28 gramas. Esclarece que as preformas de 33 gramas a 48 gramas foram utilizadas pela Norpet para fabricação de garrafas pet de 2 litros, conforme declaração que acostou ao PAF, estando incluídas no benefício de diferimento previsto na Resolução 17/99, no âmbito da BAHIAPLAST. Requer sejam canceladas as exigências em relação às vendas de preformas de 33, 34, 39,40 e 48 gramas, por se referirem às vendas destinadas à fabricação de garrafas pet de 2 litros, amparadas pelo benefício de diferimento.

Infração 04: O defendente informa que reconhece a procedência da exigência fiscal relativa às operações com os fornecedores EMBRASA E PURAS 499, salvo nos caso em que se operou a decadência. Diz que houve equívoco da autuação em relação às refeições da empresa SODEXHO 82, considerando que o ICMS diferido foi regularmente recolhido, havendo erro no código, conforme notas fiscais que relacionou às fls. 958/959 do PAF. Com relação às NFs 22488 e 27649, diz que os valores foram retidos pelo impugnante, mas por equívoco, o recolhimento ocorreu através de DAE, e embora tenha havido erro formal o ICMS foi recolhido.

Infração 05: O autuado alega que, as notas fiscais objeto da autuação de números 7296, 7386, 7390, 7429, 7430, 7571, 7652 e 7653, demonstram que se trata de operações de devolução de preformas recebidas em empréstimos ou devolução de material recebido em demonstração, sendo a alíquota

aplicada a mesma adotada quando da remessa da mercadoria. Portanto, o defendente afirma que está correto o seu procedimento quanto às alíquotas aplicadas, devendo ser reconhecida a improcedência da autuação fiscal.

Infração 06: O autuado reconhece a procedência desta infração, exceto em relação às NFs 28029, 29549, 42054, e 42055, tendo providenciado o pagamento dos valores reconhecidos. Quanto às notas fiscais 28029 e 29549, diz que não procede a exigência fiscal, tendo em vista o complemento do ICMS por meio das NFs 33540 e 33539 (Doc 20 – fls. 1192/1193). Em relação às Notas Fiscais de números 42054 e 42055, o autuado alega que se referem a brindes adquiridos para distribuição gratuita aos seus empregados, conforme NFs 72423 e 8774 (Doc 21 – fls. 1195/1196). Pede que seja cancelada a exigência em relação às notas fiscais contestadas.

Infração 07: Reproduz o art. 51, I, “c” do RICMS/BA e argumenta que a própria fiscalização reconhece que o defendente utilizou a alíquota de 7% em vez de 17%, conforme previsto na legislação e que as notas fiscais não indicam expressamente a concessão do desconto. Apresenta o entendimento de que houve apenas descumprimento de obrigação acessória, inexistindo dúvidas quanto à concessão do desconto nas vendas realizadas, face à utilização da alíquota de 7%, sendo condição para a utilização da mencionada alíquota é a venda para empresa enquadrada como microempresa e empresa de pequeno porte. Diz que se for mantida a exigência fiscal o autuado será obrigado a emitir notas fiscais de complemento contra as microempresas para exigir a diferença do ICMS, contrariando a norma que visa reduzir a carga tributária das microempresas. Transcreve trecho da ementa do Acórdão proferido no Recurso Especial nº 33757-8, pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. Informa que, para comprovar que as microempresas não sofreram qualquer prejuízo, acostou aos autos declaração firmada pelas empresas relacionadas com a infração (doc 22 – fls. 1198 a 1205). Observa que em relação aos períodos de apuração de 31/10/2005 (4.446,29), 30/11/2005 (2.358,48) e 31/12/2005 (R\$5.865,32), não consta no Anexo VII nenhuma relação das operações que resultaram na constituição do crédito tributário. Requer o cancelamento da exigência fiscal deste item do Auto de Infração, por entender que deve ser reconhecido que foi aplicada corretamente a alíquota prevista na legislação, sendo incabível desnaturar as operações pelos simples descumprimento de obrigação acessória.

Infração 08: O defendente informa que reconheceu a procedência desta infração e já providenciou o competente pedido de quitação do débito com Certificado de Crédito. (Doc 03).

Infração 09: O autuado alega que por equívoco na emissão das notas fiscais objeto da autuação, foi consignado que o estabelecimento era isento de inscrição estadual, e por isso, a fiscalização concluiu se tratar de não contribuinte do ICMS. Diz que até 31/10/2004, o estabelecimento em questão pertencia à Engepack do Ceará Ltda., quando foi incorporado pela Engepack Embalagens S/A, conforme atos societários (Doc. 23 – fls. 1207 a 1216). Esclarece que em face da sucessão, dos direitos e obrigações, o estabelecimento passou a ser filial do impugnante e as operações objeto da autuação foram realizadas na primeira quinzena após a efetivação da incorporação, e devido ao equívoco, o sistema consignou que inexistia inscrição estadual. Diz que, para comprovar a que se trata de estabelecimento contribuinte do ICMS, acostou aos autos cópia do Registro de Apuração do ICMS, cópia do Registro de Entradas, comprovando a escrituração das notas fiscais em questão, além de Guia de Informação Mensal de Apuração do ICMS e DAE relativo ao pagamento do imposto apurado no período de 01/11/2004 a 30/11/2004 (Doc. 11). Informa, ainda, que em 30/11/2005 a empresa sofreu cisão parcial. Requer anulação desta infração, por entender que está comprovado que se trata de vendas para estabelecimento inscrito.

Infração 11: O impugnante informa que reconhece a procedência desta infração, com exceção dos valores que se encontram decaídos, tendo protocolado o pedido de quitação do débito mediante Certificado de Crédito.

Infrações 12 e 13: Reconhece a procedência destas infrações e informa que já protocolou o competente pedido de quitação dos débitos apurados, com Certificado de Crédito.

Infração 14: Salienta que os valores exigidos nesta infração se referem ao período de julho e agosto de 2002, e por isso, entende que o débito encontra-se extinto em razão da decadência, aplicando-se o disposto no § 4º do art. 150 do CTN, c/c inciso V do art. 156 do Código Tributário Nacional. Alega que as operações autuadas foram canceladas, consoante notas fiscais de devolução de números 00365 e 00366 (doc. 26 - fls. 1248 a 1251). Cita o art. 155, II da Constituição Federal, e assegura que não há que se falar em circulação de mercadorias, tendo em vista que as citadas mercadorias foram devolvidas para o impugnante antes da exportação, sendo desnecessário comprovar a efetiva exportação das mercadorias, tendo em vista que as operações foram canceladas. Pede o cancelamento desta infração.

Infração 15: Alega que os valores exigidos referentes ao período de julho e agosto de 2002 encontram-se extintos em razão da decadência do direito de a Fazenda efetuar o seu lançamento, aplicando-se o disposto no § 4º do art. 150 do CTN c/c inciso V do art. 156 do mencionado Código. Alega que as operações autuadas referem-se a cancelamento de operações de exportação, consoante notas fiscais de números 7145 e 7193 (doc. 27 - fls. 1253 a 1256). Afirma que apesar de ter remetido as mercadorias para exportação, as operações não foram concluídas, tendo em vista que as mercadorias foram devolvidas, conforme as notas fiscais citadas anteriormente.

Infração 16: O defendente alega que as notas fiscais objeto da autuação são relativas a prestações de serviço, pelo que não devem ser escrituradas nos livros fiscais atinentes ao ICMS. Por isso, entende que é insubsistente a exigência fiscal desta infração.

Infração 17: Inicialmente, o defendente comenta sobre as obrigações principal e acessória, transcrevendo o art. 113, § 2º do CTN e ensinamentos de Luciano Amaro em seu Curso Direito Tributário Brasileiro. Assegura que a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória deve ocorrer somente quando a falta de cumprimento da obrigação impeça a fiscalização do cumprimento da obrigação principal, e no presente caso, a falta de apresentação do arquivo magnético relativo ao Registro 74 não ocasionou nenhum prejuízo à fiscalização em relação ao cumprimento da obrigação principal, tendo em vista que as informações nele contidas constam no livro Registro de Inventário, que foi entregue à fiscalização, em atendimento à intimação datada de 14/06/2006. Salienta que os arquivos apresentados pelo defendente estavam em ordem e a fiscalização os utilizou para a lavratura do Auto de Infração, como se pode constatar na descrição dos fatos. O defendente apresenta o entendimento de que há impossibilidade de aplicação da multa em relação aos períodos em que não houve intimação da empresa; reproduziu o artigo da legislação tido como infringido e da multa aplicada, assegurando que o pressuposto para aplicação da multa é que não tenham sido entregues os arquivos magnéticos, após intimação para a sua apresentação. Diz que no presente caso, a fiscalização só intimou a empresa a apresentar os Registros em relação aos meses de janeiro/2002, dezembro/2002, dezembro/2005 e janeiro/2006, conforme se constata nas intimações de fls 583, 585 e 586 do PAF. Portanto, o autuado alega que, não tendo sido intimado a apresentar o Registro 74 correspondente aos meses de janeiro/2003, dezembro/2003, janeiro/2004, dezembro/2004 e janeiro/2005, não poderia ter sido aplicada a multa de 1% do valor das saídas. Salienta que a Gerência de Automação Fiscal, por meio da Orientação Gerencial OG GEAFI Nº 003/2005, esclareceu que a multa somente pode ser aplicada na situação em que o contribuinte deixe de entregar arquivo magnético a que tenha sido intimado a apresentar. Afirma que, ainda que se pudesse aplicar a multa, a exigência fiscal é improcedente, na medida em que não foi intimado a apresentar os arquivos referentes aos meses de janeiro/2003, dezembro/2003, janeiro/2004, dezembro/2004 e janeiro/2005. Em seguida, o autuado alega que além de a multa exigida não ser devida, a mesma é totalmente desproporcional à infração cometida, e essa desproporção pode ser constatada pela simples comparação do valor exigido em decorrência da falta de apresentação do arquivo magnético com o Registro 74, comparando-se com a penalidade pela falta de apresentação de todos os arquivos do SINTEGRA (R\$1.380,00), ou seja, a apresentação dos arquivos incompletos é penalizada com multa de quinhentas vezes maior do que aquela aplicada ao sujeito passivo quando comete uma infração mais grave. Assim, o defendente argumenta que deve ser

cancelada a multa exigida, por entender que é irrazoável e desproporcional, motivo pelo qual pede o seu cancelamento ou, alternativamente, que a multa exigida seja reduzida ao valor de R\$1.380,00.

Prosseguindo, o autuado alega que a acusação de falta de apresentação dos arquivos referentes ao Registro 74 não condiz com a realidade, haja vista que as Relações de Arquivos Recepcionados, emitidos pelo sistema da SEFAZ contradizem a acusação fiscal, tendo em vista que na fl. 597 do presente processo, consta a informação de que o autuado havia apresentado arquivos magnéticos relativos ao Registro 74 referente aos meses de dezembro/2004 e janeiro/2005. Diz que na fl. 602 dos autos consta a informação de apresentação dos arquivos referentes ao Registro 74 do mês de janeiro/2004 e à fl. 604, consta a informação de que a empresa apresentou dados do Registro 74 em relação aos meses de dezembro/2003 e janeiro de 2004. À fl. 610 consta a informação de que houve apresentação dos arquivos do Registro 74 de janeiro/2006. Conclui, afirmando que é indevida a multa porque não houve falta de apresentação dos arquivos magnéticos.

Infração 18: Inicialmente, o defendente transcreve o art. 708-A do RICMS/BA e a alínea “i” do art. 42 da Lei 7.014/96. Salienta que a lavratura do presente Auto de Infração ocorreu em 22/11/2007, e antes dessa data enviou os arquivos magnéticos relativos ao SINTEGRA do período da autuação fiscal, conforme os protocolos que indicou nas razões de defesa à fl. 976. O defendente finaliza, pedindo que seja reconhecida a decadência do crédito tributário em relação ao período de 01/01/2002 a 22/11/2002. Requer a juntada posterior da via original ou cópia autenticada dos documentos apresentados em cópia simples, e caso este órgão julgador entenda que os documentos acostados aos autos não são suficientes para comprovar a improcedência do presente lançamento, pede que seja determinada diligência fiscal para verificação do cumprimento das obrigações fiscais.

Às fls. 1267/1268, o autuado requereu quitação parcial do presente Auto de Infração, no valor de R\$417.816,37, com a transferência de crédito fiscal da Acrinor Acrilonitrila do Nordeste S/A. O defendente apresenta quadro com demonstrativo dos seguintes valores reconhecidos pela empresa no presente lançamento: Infração 01: R\$1.045,36; Infração 08: R\$121.767,87; Infração 10: R\$466,14; Infração 12: R\$75.478,12; Infração 13: R\$22.079,89. Foi acostada às fls. 1277/1278 do PAF, pedido efetuado pela Acrinor Acrilonitrila do Nordeste S/A, de mudança parcial da destinação do crédito fiscal.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 1296 a 1310 (Vol. 5) dos autos, após discorrer sobre as infrações e alegações defensivas, informa que foram observados todos os dispositivos legais; as infrações estão devidamente caracterizadas, sendo possível determinar a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, constando no PAF os demonstrativos dos débitos apurados, reprodução fiel do teor dos fatos verificados, acompanhados de provas necessárias e suficientes à comprovação do que foi apurado. Quanto à alegação defensiva de que ocorreu a decadência, transcreve o art. 150 e seu § 4º do CTN, e diz que o Superior Tribunal de Justiça adotou o entendimento de que em relação aos impostos submetidos ao regime de lançamento por homologação, “a decadência relativa ao direito de constituir o crédito tributário somente ocorre depois de cinco anos, contados do exercício seguinte em que extinguiu o direito potestativo de o Estado rever e homologar o lançamento”. Diz que no mesmo sentido, se pronunciou a Segunda Turma do Tribunal Federal da Terceira Região e por isso, entende que não procede a alegação de decadência para os lançamentos anteriores a 22/11/2002. No mérito, quanto à primeira infração, o autuante transcreve o art. 93, I, “b” e o parágrafo primeiro deste mesmo artigo, e salienta que a legislação tributária atrela a utilização do crédito fiscal ao cumprimento de formalidade que garante a idoneidade do documento fiscal. Assegura que a documentação apensada aos autos pelo defendente aponta que o autuado não comprovou que, efetivamente, tais operações atendem às exigências da legislação. Diz que não há que se falar em presunção, como entendeu o autuado, uma vez que a glosa do crédito fiscal ocorreu porque o Fisco entendeu que as notas fiscais de entrada, escrituradas como se fossem insumos, estariam irregulares, portanto, não gerariam o direito ao crédito fiscal. Afirma que não é possível se utilizar dos mencionados créditos fiscais

decorrentes de entradas de material de uso e consumo, sem cumprir o requisito necessário à comprovação da efetividade da integração desses materiais ao produto final.

Infração 02: Informa que os lançamentos dessa infração foram baseados nas informações constantes dos arquivos magnéticos SINTEGRA e escrituração fiscal do contribuinte, utilizando como subsidio a discriminação das naturezas das operações realizadas pelo autuado, conforme CFOP registrado também nos livros fiscais. Salienta que em relação às operações realizadas com sucatas, em que o autuado alega ter dado saída com diferimento do imposto, a fruição desse benefício é condicionada a que o adquirente ou destinatário esteja previamente habilitado para operar nesse regime, perante a repartição de seu domicílio fiscal, além das exigências específicas quanto às indicações que deveriam constar nas notas fiscais e procedimentos especiais de escrituração previstos no RICMS/BA. Diz que ficou demonstrado que as informações nos arquivos magnéticos do autuado e sua escrituração e documentação fiscal estão inconsistentes. Acata as alegações defensivas somente em relação às Notas Fiscais de números 16357, 16614 e 16615. Quanto aos demais valores apurados no levantamento fiscal, conforme cópias de livros e documentos fiscais acostados aos autos são suficientes para comprovar as irregularidades apuradas.

Infração 03: O autuante informa que inexistente contraditório a ser solucionado, tendo em vista que o defendente reconheceu parcialmente a procedência da autuação fiscal em relação às vendas de preformas de 17, 18, 22, 26 e 28 gramas, e estranhamente deixando de considerar o que já havia reconhecido através de declaração fornecida à fiscalização e constante dos autos, atestando que apenas as preformas com gramatura acima de 48 gramas se destinam à fabricação de garrafas de dois litros.

Infração 04: Salienta que o art. 342 do RICMS/BA define o instituto do diferimento, e o art. 343 do mesmo Regulamento, no seu inciso XVIII prevê que é diferido o lançamento do ICMS incidente no fornecimento de refeições a quaisquer contribuintes deste Estado, destinadas ao consumo dos seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento adquirente. Diz que em relação aos documentos fiscais envolvidos em tais operações, o RICMS/BA estabelece em seu art. 346 que não havendo disposição regulamentar em contrário, as operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento deverão ser efetuadas com emissão do documento fiscal próprio, ficando vedado o destaque do imposto nos documentos fiscais relativos a operações beneficiadas com tal regime. Comenta sobre o art. 349 do mencionado Regulamento, e apresenta o entendimento de que fica claro que o imposto exigido é de responsabilidade do destinatário das refeições. Cita ensinamentos de Hely Lopes Meireles e assegura que sendo o autuado adquirente das refeições destinadas ao consumo de seus funcionários, é sujeito passivo da relação tributária referente a tal operação, como não poderia deixar de ser. Mesmo que fosse comprovado o recolhimento do imposto pela empresa SODEXO, caberia à mencionada empresa pedir restituição, por não poder efetuar o recolhimento do ICMS diferido que era devido pelo impugnante, conforme dispõe a legislação. Diz que se trata de postergação do pagamento do ICMS devido pelas saídas das refeições, para o momento da entrada das mesmas mercadorias no estabelecimento destinatário, e dessa forma, em consonância com o art. 349 do RICMS/BA, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido é do adquirente das refeições, independente do regime de apuração do imposto adotado pelo fornecedor.

Infração 05: Salienta que os procedimentos relativos à devolução de mercadorias por contribuintes obrigados à emissão de nota fiscal encontram-se disciplinados nos arts. 651 e 652 do RICMS/97, que transcreveu. Entende que o autuado poderia ter utilizado o Código Fiscal de Operação 6.202, relativo à devolução de compra para comercialização, classificando-se neste código as devoluções de mercadorias adquiridas para comercialização, cujas entradas tenham sido classificadas como “Compras para Comercialização”. Diz que ficou demonstrado que houve inconsistência das informações dos arquivos magnéticos SINTEGRA do autuado.

Infração 06: O autuante informa que acata a alegação do autuado em relação às NFs 28029 e 29549. Quanto aos demais valores apurados no levantamento fiscal, diz que as cópias de documentos e livros que fazem parte do presente processo são suficientes para comprovar a licitude da exigência fiscal. Em relação aos brindes afirma que o disposto no art. 565 e seus parágrafos do RICMS/BA se aplica à situação em que o contribuinte esteja na condição de adquirente dos brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final. Reproduz o tratamento estabelecido no art. 564 do RICMS/97, quanto à aquisição e distribuição de brindes e assevera que o mencionado artigo é complementado pelo art. 565 do mencionado Regulamento, que transcreveu. Assegura que de acordo com o citado dispositivo regulamentar, para efetuar a distribuição direta dos brindes, o autuado deveria adotar os procedimentos previstos no art. 565 do RICMS, emitindo, no ato da entrada desses brindes em seu estabelecimento, Nota Fiscal. Dessa forma, conclui que a distribuição de brindes por conta do contribuinte é operação tributada pelo imposto, cuja base de cálculo é o valor da mercadoria, acrescido do IPI eventualmente lançado pelo fabricante.

Infração 07: O autuante reproduz o que estabelece o inciso II do § 1º do art. 51 do RICMS/97, e afirma que, de acordo com a legislação em vigor, não procedem as alegações do autuado de que houve apenas descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista que não ficou comprovado pelas suas contas a receber de clientes, registradas em sua escrita contábil, que de fato foram concedidos tais descontos relativos à utilização da alíquota especial de 7%. Entende que os argumentos defensivos carecem de fundamentação legal e jurídica, devendo ser mantida a exigência fiscal neste item da autuação.

Infração 08: Informa que inexistente contraditório, tendo em vista que o autuado reconheceu integralmente o débito apurado nesta infração.

Infração 09: Inicialmente, o autuante transcreve o art. 50, inciso I, alínea “b” e inciso II do RICMS, bem como o art. 4º da Lei Complementar 87/96 e assegura que as operações com empresas que realizam com habitualidade e em volume que caracterize o intuito comercial operações de circulação de mercadorias ou prestação de serviços sujeitos à incidência do ICMS, são consideradas contribuinte do imposto, devendo ser utilizada alíquota de 12% pelo remetente neste Estado, aplicando-se 17% se o destinatário não realiza operações que o caracterizem como contribuinte do ICMS. O autuante informa que na situação em exame, por se tratar de adquirente estabelecido em outra unidade da Federação, o seu entendimento é no sentido de que, para a correta aplicação da alíquota na operação realizada, o autuado deveria consultar a Administração Tributária do local onde está estabelecido o seu cliente, no sentido de apurar se ele era ou não contribuinte do imposto. Entende que restou comprovada a subsistência desta infração.

Infração 10: Diz que, conforme restou demonstrado na primeira infração, é procedente a exigência fiscal quanto aos materiais de uso e consumo, e devido às inconsistências nos arquivos magnéticos SINTEGRA do autuado e sua escrituração e documentação fiscal, restou comprovado em favor do contribuinte a procedência parcial desta infração em relação às Notas Fiscais de números 24070, 24669, 25453, 2689, 7893, 6132 e 487306.

Infrações 11, 12, e 13: Salienta que inexistente contraditório a ser solucionado, tendo em vista que o defendente reconheceu a procedência integral destas infrações.

Infrações 14 e 15: Esclarece que o ICMS não incide sobre operações ou prestações que destinem ao exterior, mercadorias ou serviços, alcançando também os produtos primários e produtos industrializados semi-elaborados, conforme art. 581 do RICMS/BA. Afirma que esta não-incidência se aplica também às saídas de mercadorias realizadas com o intuito específico de exportação para o exterior, destinadas a empresa comercial exportadora, inclusive outro estabelecimento da mesma empresa e armazém alfandegado ou entreposto aduaneiro, de acordo com o art. 582 do RICMS/BA, que transcreveu. Informa o que é empresa comercial exportadora e diz que as operações descritas nesta infração se constituem em operações regulares de exportação indireta, por ter o autuado deixado de exigir ao Fisco o Memorando-Exportação para comprovação da

efetiva exportação nas operações de saída de mercadoria realizada com o fim específico de exportação, conforme previsto no Convênio ICMS 113/96, ressaltando que a apuração foi efetuada de acordo com os livros, documentos, arquivos magnéticos transmitidos pelo contribuinte e demonstrativo que acostou ao PAF. Diz que foi apurada a falta de recolhimento do imposto nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza de operação Exportação, sem comprovação da saída do país por meio de Guias ou Registro de Exportação e a documentação apresentada pelo defendente é insuficiente para elidir a exigência do imposto neste item da autuação fiscal.

Infração 16: Comenta sobre o que estabelece o art. 322 do RICMS/BA, e transcreve o parágrafo 4º deste mesmo artigo e o § 2º do art. 2º do mencionado Regulamento.

Infração 17: Inicialmente, apresenta o entendimento de que foram observados todos os dispositivos legais que regulam o procedimento e o processo e que a infração está devidamente caracterizada. Diz que houve a reprodução fiel do teor dos fatos verificados acompanhados das provas necessárias e suficientes à demonstração do que foi apurado, tudo conforme intimações acompanhadas dos demonstrativos das inconsistências encontradas; Termo de Prorrogação; petições do contribuinte e relatório do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos – SCAM, resultando na apuração da base de cálculo, conforme planilha acostada aos autos, estando a exigência fiscal de acordo com o disposto no art. 915, inciso XIII-A, alínea “g” do RICMS/97. Diz que conforme o previsto nos art. 686, I, III-A e IV, combinado com o art. 683 do RICMS/97, o autuado está obrigado a manter, pelo prazo decadencial, o arquivo magnético com o registro fiscal dos documentos emitidos por qualquer meio, referente à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no período de apuração. Reproduz o conteúdo do art. 708-A e seus parágrafos 2º, 4º e 6º, e assegura que o contribuinte, apesar de regularmente intimado em 22/06/2006 e reintimado em 15/06/2006, e ter solicitado prorrogação do prazo para apresentação dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, que estava obrigado a fornecer desde 18/08/2000, sendo usuário do Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, para escrituração de livros e para emissão de Notas Fiscais, deixou de cumprir com sua obrigação de transmitir os arquivos magnéticos consistentes para corrigir as inconsistências verificadas nos arquivos originalmente transmitidos, por falta do Registro R74, relativo ao período de janeiro/2002, dezembro/2002, dezembro/2005 e janeiro/2006. Além disso, apresentou novos arquivos com ausência do registro R74 referente aos meses de janeiro/2003, dezembro/2003, janeiro/2004 e dezembro/2004, identificado conforme Listagem Diagnóstico do SVAM, indicativa das irregularidades verificadas e entregue ao contribuinte. Comenta sobre o § 6º do art. 686 e acrescenta que o contribuinte deixou de transmitir os arquivos magnéticos referentes aos meses de maio/2006, julho/2006, dezembro/2006, março/2007, abril/2007 e maio/2007, contrariando o disposto no art. 708-A do RICMS/97. Salienta que para fins de apuração do valor exigido no presente lançamento, levantou todas as operações de saídas dos períodos em que o contribuinte deixou de apresentar arquivos magnéticos consistentes, apesar de regularmente intimado, para que pudesse encontrar a base de cálculo para aplicação da multa de 1%, tudo conforme cópias de livros, documentos, arquivos magnéticos e demonstrativo de débito. Comenta sobre o § 6º do art. 708-B e sobre as multas previstas na legislação, esclarecendo que em relação ao enquadramento da multa exigida no presente lançamento, procedeu de acordo com a orientação gerencial disponibilizada pela Gerência de Automação Fiscal – GEAFI, e que, efetivamente, o autuado deixou de fornecer arquivos magnéticos, apesar de regularmente intimado e ter se comprometido a atender a intimação. Reafirma que a falta de apresentação dos arquivos magnéticos contendo a correção das inconsistências identificadas, impossibilitou a aplicação de roteiros de Auditoria de Levantamento Fiscal dos Estoques, previsto no art. 936 do RICMS/BA, além de prejudicar a realização de outros procedimentos e roteiros de auditoria necessários à execução do trabalho de fiscalização. Quanto ao entendimento sobre o pedido de redução ou cancelamento da multa, diz que se constata nas diversas decisões do CONSEF, dentre as quais cita os Acórdãos CJF Nº 0047-11/04, CJF Nº 0022-12/05, CJF Nº 0028-12/05, CJF 0093-12/05 e 336-11/05.

Infração 18: Comenta sobre as obrigações acessórias e diz que foi aplicada a multa no valor de R\$1.380,00 por cada período em que o autuado deixou de transmitir os arquivos magnéticos do SINTEGRA que estava obrigado a enviar, por ter solicitado e obtido autorização para uso de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, para escrituração de livros e para emissão de notas fiscais. Diz que o autuado deixou de cumprir sua obrigação referente aos meses de maio/2006, julho/2006, dezembro/2006, março/2007, abril/2007 e maio/2007, contrariando o previsto no Convênio ICMS 57/95. Esclarece que tudo foi feito conforme determina o art. 42, XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96, e apesar de o autuado afirmar que não concorda com a autuação fiscal, não apresentou elementos suficientes para contrapor os dados do levantamento fiscal, devendo ser considerada procedente a autuação. Finaliza, dizendo que, pelo fato de terem sido comprovadas as infrações apuradas e ter acatado algumas justificativas do defendente, pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, colocando-se à disposição deste CONSEF para quaisquer esclarecimentos que foram necessários.

O autuado foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 1315 a 1332, aduzindo que o entendimento do autuante quanto à decadência se fundamenta de forma equivocada na aplicação concorrente dos arts. 150, § 4º e 173 do CTN. Diz que a impossibilidade de aplicação concorrente dos referidos dispositivos legais se revela quando da leitura do § 4º do art. 150, que determina que se considera definitivamente extinto o crédito tributário no término do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador. Cita ensinamentos do Mestre Alberto Xavier e diz que no caso em tela, foi exigido imposto relativo ao período de 01/01/2002 a 15/06/2007, tendo sido efetuado o lançamento em 22/11/2007. Reproduz o art. 156 do CTN, salientando que a Constituição Federal, no seu art. 146, III, “b” prevê que compete à Lei Complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a decadência de tributos. No mérito, o defendente informa que reconheceu a improcedência da exigência fiscal em relação às notas Fiscais de números 24070, 24669, 25453, 5689, 7893, 6132 e 487306. Diz que pugnou pela manutenção dos valores remanescentes nesta infração, além dos valores impugnados na infração 01, mas o autuante limitou-se a reafirmar que os créditos lançados são decorrentes da aquisição de material destinado ao uso e consumo do estabelecimento. Afirma que a fiscalização glosou créditos fiscais relativos a insumos empregados diretamente no processo produtivo da empresa, a exemplo de lâmpadas especiais utilizadas para esquentar as preformas; rótulos empregados nas garrafas plásticas produzidas pela empresa; barras de cola utilizada para colar os rótulos no produto final. Portanto, o autuado entende que não se pode falar em simples uso ou consumo, e sim em matérias primas, produtos intermediários e material de embalagem efetivamente utilizados no processo produtivo da empresa. Além disso, o defendente alega que a fiscalização procedeu ao lançamento indevido de ICMS relativo às seguintes operações: a) recebimento de mercadorias em empréstimos (NFS 6131 e 0317); b) recebimento de mercadoria para amostra (NF 504); c) recebimento de mercadorias em “remessa em garantia” (NFs 46189, 50114, 50513, 50547, 4384 e 2605); c) compra de mercadoria junto a empresa de pequeno porte instalada fora do Estado, conforme NF 502, que está submetida ao recolhimento de diferença de alíquota nos termos do art. 7º, V, do RICMS/BA; d) fala sobre a improcedência do imposto relativo à diferença de alíquota correspondente à NF 1325, tendo em vista que se trata de aquisição de compressor destinado ao ativo fixo do impugnante, conforme art. 7º, IV, do RICMS/BA. Pede que seja cancelada a infração quanto aos itens impugnados.

Infração 02: Diz que a fiscalização reconheceu a improcedência dos valores referentes às NFs 16357, 16614 e 16615, relativas às vendas para a Zona Franca de Manaus. Entretanto, sem qualquer razão, não reconheceu nem se manifestou com relação à improcedência das vendas para a Lwart Lubrificantes Ltda. e Petrolub Industrial Lubrificantes Ltda., tendo em vista que as saídas de óleo lubrificante usado ou queimado são isentas de ICMS nos termos do art. 21, II do RICMS/BA. Quanto à exigência relativa às saídas para J. Oliveira Lima & Cia Ltda e Enivaldo Comércio de Aparas de Papelão Velho, o defendente alega que também é improcedente, tendo em vista a existência de habilitação para adquirir mercadorias com diferimento. Diz que os dados extraídos

do SINTEGRA são indícios de irregularidade, não podendo ser aceitos como provas cabais de inidoneidade das notas fiscais emitidas.

Infração 03: Afirma que ao contrário do que sustenta a fiscalização na informação fiscal, o defendente não havia declarado a impossibilidade técnica de produção de garrafas de dois litros por meio da utilização de preformas de 33 gramas e de 48 gramas. Diz que a empresa declarou é que, para o seu principal cliente, a Norsa, são utilizadas preformas de 48g para a produção de garrafas pet de dois litros. Informa que as preformas produzidas pelo estabelecimento podem ser transformadas em garrafas plásticas pela própria empresa ou vendidas a terceiros para utilizá-las ou aplicá-las no seu processo produtivo. Informa que as operações objeto da autuação foram praticadas com a Norpet – Indústria e Comércio e Representações de Embalagens Plásticas Ltda., que efetivamente utilizou as preformas de 33g e 48g para fabricação de garrafas pet de dois litros, conforme expressamente declarou (doc 15 – fl. 1071) Entende que deve ser cancelada a exigência relativa às vendas de preformas de 33g a 48g por terem sido destinadas para fabricação de garrafas pet de 2 litros, sendo amparadas pelo benefício do diferimento.

Infração 04: Alega que a fiscalização limitou-se a sustentar que o eventual pagamento do ICMS pela SODEXHO não teria o condão de exigir o crédito tributário, mas apenas aquele efetivado pelo substituto tributário, sem considerar que a substituição tributária é mera técnica de arrecadação do tributo. Diz que no caso em análise, os pagamentos foram efetivados pelo impugnante (doc 17 – fls. 1098 a 1145), fato desconsiderado pela fiscalização.

Infração 05: Alega que houve devolução de preformas recebidas em empréstimos ou devolução de material recebido em demonstração, cuja alíquota aplicável no retorno será a mesma adotada quando da remessa da mercadoria, com estrita observância das exigências estabelecidas nos arts. 651/652 do RICMS/BA. Assevera que o fato de o impugnante ter utilizado CFOP 6.999 (outras saídas não especificadas) ao invés do CFOP 6.202 (devolução de compra para comercialização), não autoriza o lançamento de eventuais diferenças a título de ICMS.

Infração 06: Diz que a fiscalização reconheceu a improcedência dos valores relativos às Notas Fiscais de números 28029 e 28549, havendo complemento do ICMS por meio das NFs 33540 e 33539. Porém a fiscalização manteve o lançamento com relação às Notas Fiscais 42054 e 42055, relativas a brindes distribuídos gratuitamente para seus empregados. Entende que na emissão das notas fiscais de fls. 452/453 houve estrita observância do quanto disposto no art. 565 do RICMS/BA.

Infração 07: Alega que se verificou mero descumprimento de obrigação acessória, sendo inequívoca a concessão do desconto nas vendas realizadas, face a utilização da alíquota especial de 7% como determina a legislação, todas realizadas para microempresas e empresas de pequeno porte. O autuado entende que se esta infração for mantida, será obrigado a emitir notas fiscais de complemento contra as microempresa para exigência da diferença do ICMS, contrariando o intuito da norma que visa reduzir a carga tributária das microempresas. Quanto aos períodos de apuração de 31/10/2005 (R\$4.446,29); 30/11/2005 (R\$2.358,48) e 31/12/2005 (R\$5.865,32). Alega que não há qualquer indicação no Anexo VII das operações que ensejaram a exigência do imposto, fato que sequer foi tratado na informação fiscal.

Infração 09: Afirma que foram realizadas transferências para o estabelecimento filial do defendente situado na Av. Abolição, Galpão 01, Redenção – Ceará, e que a empresa, à época das operações estava em processo de incorporação, tendo ocorrido um equívoco do sistema em relação aos dados cadastrais do estabelecimento destinatário. Diz que, conforme documentação acostada aos autos (doc. 24) está comprovado que se trata de contribuinte do ICMS, sendo insubsistente a exigência fiscal.

Infrações 14 e 15: Afirma que não há que se falar em comprovação da efetiva exportação nas operações em questão, tendo em vista que as remessas foram canceladas, conforme quadro que elaborou à fl. 968. Portanto, assegura que não houve circulação das mercadorias, e que não deve haver cobrança de ICMS, ensejando a improcedência destas infrações. O defendente requer a

juntada da Nota Fiscal de Entrada de nº 34544, emitida em 08/07/2002, objeto do presente lançamento, cuja exportação foi cancelada através da Nota Fiscal de saída de nº 7145, de 31/07/2002.

Infração 16: Assegura que não há que se faltar em operações ou prestações tributáveis sem o pagamento do imposto por se tratar de prestações de serviços que não devem ser escrituradas nos livros fiscais relativos ao ICMS. Entende que é insubsistente a exigência fiscal.

Infração 17: Alega que constatou a impossibilidade de manutenção da multa relativa aos períodos de janeiro/03, dezembro/03, janeiro/04, dezembro/04 e janeiro/05, por inexistência de intimação da empresa para apresentação dos arquivos magnéticos relativos ao Registro 74, conforme se observa nas intimações de fls. 583, 585 e 586 do PAF. Diz que a intimação é indispensável para aplicação da multa, conforme art. 42, XIII-A, alínea “g”, que transcreveu. Além disso, alega que constatou que a falta de apresentação dos arquivos magnéticos concernente ao Registro 74 não ocasionou prejuízo à fiscalização do cumprimento da obrigação principal porque as informações nele contidas constam no livro Registro de Inventário que foi entregue à fiscalização, em atendimento à intimação recebida em 14/06/2006 (fl. 24). Salienta que os arquivos magnéticos apresentados tanto estavam em ordem que a fiscalização os utilizou para a lavratura do Auto de Infração. Entende que o valor da multa é totalmente desproporcional porque no caso de falta de apresentação de todos os arquivos do SINTEGRA foi aplicado multa de R\$1.800,00. Entretanto, pela falta de apresentação dos arquivos com o Registro 74 foi aplicado multa no valor de R\$775.364,55. Alega, ainda, que as Relações dos Arquivos Recepcionados, emitidos pelos sistemas da Secretaria da Fazenda contradizem a acusação, haja vista que na fl. 597 do PAF consta a informação de que a empresa havia apresentado arquivos magnéticos relativos ao Registro 74 referente aos período de dezembro de 2004 a janeiro de 2005. Na fl. 602 consta a informação de apresentação de arquivos magnéticos relativos ao Registro 74 do período de janeiro de 2003. À fl. 604 dos autos, consta a informação de que a empresa havia apresentado dados do Registro 74 em relação ao período de dezembro de 2003 a janeiro de 2004. à fl. 610 consta a informação de apresentação dos arquivos referentes a janeiro de 2006. Conclui afirmando que descabe a exigência da multa porque não houve falta de apresentação dos arquivos.

Infração 18: O defendente alega que antes da lavratura do Auto de Infração enviou os arquivos magnéticos relativos ao SINTEGRA dos períodos constantes da acusação fiscal, conforme se observa nos protocolos SINTEGRA de nº 0783936323 (maio/06), 3054943243 (julho/2006), 1290759757 (dezembro/2006), 0775453450 (março/2007), 1584709590 (abril/2007) e 3042026682 (maio/2007) (Doc. 28 – fls. 1258 a 1263).

O defendente finaliza, ratificando a impugnação inicialmente apresentada, pedindo o reconhecimento da decadência do crédito tributário relativo ao período de 01/01/2002 a 22/11/2002, bem como a insubsistência dos valores impugnados. Requer sejam canceladas as exigências cuja improcedência foi reconhecida pelo autuante.

Às fls. 1366/1367, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante ou Auditor Fiscal estranho ao feito adotar as seguintes providências:

Infrações 01 e 10: Verificar *in loco* e informar se os materiais objeto da autuação (barra de cola, lâmpada e rótulos) são indispensáveis ao processo produtivo, como alegou o autuado, ou seja, se esses materiais integram o produto final, se são gastos ou inutilizados em cada etapa do processo produtivo e são necessários à produção ou composição do produto final. Em caso positivo fazer as necessárias exclusões no débito apurado.

Infração 02: Se manifestar quanto ao argumento defensivo concernente ao óleo lubrificante, apurando se foram observadas as condições estabelecidas no art. 21, inciso II do RICMS/BA. Em caso positivo, excluir as Notas Fiscais do levantamento Fiscal. Também se manifestar quanto à alegação do autuado de que em relação às saídas efetuadas para as empresas J. OLIVEIRA e

ENIVALDO, existe habilitação para diferimento. Sendo confirmada a alegação, excluir os respectivos valores do débito exigido, juntando aos autos a comprovação.

Infração 04: Excluir do levantamento fiscal os valores cujo recolhimento do imposto foi comprovado por meio de DAEs que constam a numeração da respectiva Nota Fiscal.

Infração 05: Excluir da exigência fiscal as Notas Fiscais de números 7386, 7390, 7429, 7430, 7571 e 7653, nas quais foi consignada a informação de que se trata de retorno de material enviado a título de empréstimo e o número do documento fiscal originário.

Infração 06: Refazer o demonstrativo de fls. 388 a 391, excluindo as Notas Fiscais de números 28029 e 29549, comprovadas pelo defendente, cujas alegações defensivas foram acatadas na informação fiscal, devendo excluir também, a NF 42054, conforme comprovação apresentada pelo autuado referente à aquisição dos brindes.

Infração 14: Verificar no estabelecimento autuado se as NFs 365 e 366 (fls. 1249 e 1251) foram emitidas na ordem cronológica do respectivo talonário e se foram escrituradas na época própria.

Infração 15: Se manifestar quanto à alegação defensiva de que a mercadoria constante na NF 34758 (fl. 1256) foi devolvida pela NF 7193 (fl. 1255). Do mesmo modo, a mercadoria da NF 7145 (fl. 1253) se refere à devolução da NF 34544 ou 3455 (citada no quadro à fl. 968).

Infração 17: Se manifestar quanto ao argumento do autuado de que: a) não constou nas intimações de fls. 583, 585 e 586 pedido para apresentação do Registro R-74 correspondente aos meses de JAN/03, DEZ/03, JAN/04, DEZ/04 e JAN/05, e que por isso, não deveria ter sido exigido multa; b) na Relação de Arquivos Recepcionados emitido pela SEFAZ consta a informação de que foram apresentados os Registros R-74 referente aos meses de DEZ/04, JAN/05 (fl. 597); JAN/03 (fl. 602); DEZ/03 e JAN/04 (fl. 604); JAN/06 (fl. 610). Se necessário, refazer o cálculo da multa exigida.

Após as providências acima, a Inspetoria Fiscal providenciar a entrega ao autuado de cópia de todos os elementos que anexados aos autos, devendo ser firmado recibo pelo contribuinte ou seu representante legal. Na intimação ao sujeito passivo, indicar o prazo de dez dias para o mesmo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

A diligência fiscal solicitada foi cumprida pelo Auditor Fiscal Agilberto Marvila, conforme fls. 1369 a 1374 – Vol. 5, sendo informado pelo diligente, quanto às infrações 01 e 10, que as mercadorias barra de cola e rótulos integram o produto final, garrafa pet. Diz que fotografou o processo industrial onde constatou o momento em que os rótulos são afixados nas garrafas, com utilização da barra de cola. Quanto à lâmpada da sopradora, informa que se desgasta durante o processo produtivo, e é essencial para aquecimento da preforma, antes de sua transformação em garrafa PET, que depois é rotulada. Elabora novos demonstrativos de débito das infrações 01 e 10, apurando os valores do imposto, totalizando R\$12.029,29 (infração 01 – fls. 1369/1370) e R\$84.155,02 (infração 10 – fls. 1372/1373).

Infração 02: Transcreve o art. 21, inciso II do RICMS/BA e informa que excluiu do levantamento fiscal as notas fiscais referentes às saídas de lubrificantes, de números 11735, 16807, 17596, 18051, 18317, 20120, 22368, 24049, 24462, 26046, 26460, 27788, 27850, 20121, 28176, 28237, 29303, 29470, 33060, 36842. Quanto à habilitação das empresas J. Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Com. de Aparas de Papel Velho Ltda., informa que o autuante recorreu aos dados cadastrais constates do banco de dados desta SEFAZ (fls. 1066/1069), inexistindo habilitação para operar com diferimento. Elabora novo demonstrativo de débito às fls. 1370/1371, apurando o débito total de R\$32.924,14.

Infração 04: Foi solicitado para o diligente excluir do levantamento fiscal os valores cujo recolhimento do imposto foi comprovado por meio de DAEs que constam a numeração da respectiva nota fiscal. Assim, o diligente elaborou novo demonstrativo de débito, apurando o total de R\$46.656,07 (fl. 1371).

Infração 05: Foi solicitado para o diligente excluir da exigência fiscal as notas fiscais de números 7386, 7390, 7429, 7430, 7571 e 7653 nas quais foi consignada a informação de que se trata de retorno

de material enviado a título de empréstimo e o número do documento fiscal originário. Em atendimento, foi feito o demonstrativo de débito à fl. 1372, apurando o total de R\$150,98.

Infração 06: Foi solicitado para ser feito o demonstrativo de fls. 388 a 391, excluindo as notas fiscais de números 28.029 e 29549, comprovadas pelo defendente, cujas alegações defensivas foram acatadas na informação fiscal prestada pelo autuante. O diligente informa que após realizadas as exclusões solicitadas, nos meses de maio e julho de 2004, inexistiu débito, por isso, a exigência fiscal desta infração passa a ser de R\$24.284,84.

Infração 07: O diligente informa que o autuado foi intimado e apresentou as notas fiscais solicitadas, referentes às vendas para contribuintes do regime normal, dos mesmos produtos e no mesmo período objeto do levantamento fiscal, conforme fls. 1404 a 1449 dos autos.

Infração 14: O diligente confirma a emissão sequencial no talonário de nota fiscal série 1, das NFs de números 365 e 366, e o respectivo lançamento nos livros de Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, conforme cópias que acostou aos autos, fls 1451 a 1460.

Infração 15: O diligente confirmou o registro e informações de que a nota fiscal 7145, emitida em 01/08/2002, no valor de R\$1.505.341,57 se refere à devolução da nota fiscal 34544, emitida em 08/07/2002, por Engepack Embalagens São Paulo S/A, no mesmo valor. Também confirma o registro e informação de que a NF 7193, emitida em 07/08/2002, no valor de R\$1.072.659,74 se refere à devolução da NF 34758 e não 34458, tendo ocorrido erro de digitação. Tudo conforme as fotocópias que anexou aos autos, fls. 1462 a 1493.

O defendente se manifestou, às fls. 1528 a 1533, quanto à diligência fiscal realizada, dizendo que em relação às infrações 01 e 10, restou comprovada na revisão fiscal a glosa de créditos relativos a insumos empregados diretamente no processo produtivo da empresa: lâmpadas especiais, rótulos e barras de cola. Argumenta que devem ainda ser excluídas as seguintes notas fiscais: a) recebimento de mercadorias em empréstimos (NFs 6131 e 0317); b) recebimento de mercadoria para amostra (NF 504); c) recebimento de mercadorias em remessa em garantia (NFs 46189, 50114, 50513, 50547, 4384 e 2605); d) compra de mercadoria junto a empresa de pequeno porte instalada fora do Estado (NF 502); e) aquisição de compressor (NF 1325) destinado ao ativo fixo.

Infração 02: O defendente diz que na revisão fiscal restou comprovada a improcedência da exigência fiscal em relação às vendas para a Lwart Lubrificantes Ltda. e Petrolub Industrial Lubrificantes Ltda.. Quanto às saídas para as empresa J. Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papelão Velho, o defendente alega que não tem acesso aos dados cadastrais da SEFAZ-BA, que é disponível apenas aos funcionários do órgão. Diz que recorreu às informações disponíveis no sistema SEFAZ/BA, constatando habilitação das mencionadas empresas para aquisição das mercadorias com diferimento, à época dos fatos.

Infração 04: Pede que sejam excluídos os valores alcançados pela decadência, relativamente ao período de 31/01/2002 a 31/10/2002.

Infração 05: Alega que devem ser excluídas, também, as Notas Fiscais 7296 e 7652, por se tratar de operações envolvendo devolução de preformas recebidas em empréstimo ou devolução de material recebido em demonstração, cuja alíquota de retorno deve ser a mesma adotada na remessa da mercadoria, sem prejuízo da decadência, alegada em preliminar.

Infração 06: Alega que permanece a controvérsia em relação às NFs 42054 e 42055, relativas a brindes distribuídos gratuitamente para os empregados do autuado. Entende que a documentação acostada aos autos demonstra que houve observância ao disposto no art. 565 do RICMS/BA. Pede a improcedência desta infração.

Infração 07: Apresenta o entendimento de que na revisão fiscal poderia ter emitido opinativo quanto às notas fiscais de vendas para microempresa tributadas à alíquota de 7%, afirmando que o preço praticado naquelas notas fiscais já contém o desconto do imposto, após a verificação de outras notas fiscais com as mesmas mercadorias vendidas sob a alíquota de 17%. Reafirma a

alegação de que em relação aos períodos de 31/01/2005 (R\$4.446,29), 30/11/2005 (R\$2.358,48) e 31/12/2005 (R\$5.865,32), não há nenhuma indicação no anexo VII das operações que ensejaram a exigência dos valores.

Infrações 14 e 15: Diz que a revisão fiscal comprovou a improcedência destas infrações, tendo em vista o cancelamento das exportações objeto da autuação.

Infração 16: Alega que não há que se falar em operações ou prestações tributáveis sem o pagamento do imposto, por serem relativas à prestação de serviços. Por isso, não devem ser escrituradas nos livros fiscais atinentes ao ICMS.

Infração 17: Argumenta que de acordo com as fls. 583, 585 e 586, a fiscalização intimou o impugnante a apresentar o Registro 74 referente aos períodos de dezembro de 2001, janeiro de 2002, dezembro de 2002, dezembro de 2005 e janeiro de 2006. Assegura que não constam das intimações a solicitação para apresentação dos Registros R-74 relativos aos períodos de janeiro de 2003, dezembro de 2003, janeiro de 2004, dezembro de 2004 e janeiro de 2005. Observa que os arquivos apresentados pela empresa foram utilizados para a lavratura do Auto de Infração, e que a falta de entrega dos arquivos magnéticos com o Registro R-74 não trouxe qualquer prejuízo para execução dos trabalhos.

Considerando a inexistência de comprovação nos autos de que o autuante tomou conhecimento do Parecer elaborado por Auditor Fiscal estranho ao feito (fls. 1369 a 1374), esta JJF converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem (fl. 1543) para que fosse dado conhecimento ao autuante do mencionado parecer.

Quanto às infrações 01 e 10, foi solicitado para o autuante se manifestar em relação à alegação do autuado de que devem ser excluídas as seguintes notas fiscais: a) recebimento de mercadorias em empréstimos (NFs 6131 e 0317); b) recebimento de mercadoria para amostra - NF 504 (apurar em que consiste a amostra e qual a destinação dada pelo contribuinte); c) recebimento de mercadorias em remessa em garantia (NFs 46189, 50114, 50513, 50547, 4384 e 2605); d) compra de mercadoria junto a empresa de pequeno porte instalada fora do Estado (NF 502); e) aquisição de compressor (NF 1325) destinado ao ativo fixo, fazendo as necessárias exclusões tomando como referência os valores apurados pelo diligente às fls. 1369 a 1373.

Quanto à infração 05, foi solicitado para intimar o defendente a apresentar, e anexar ao PAF, cópias legíveis das notas fiscais de números 7296 e 26034.

Infração 06: Em relação às Notas Fiscais de números 42054 e 42055 (fls. 452/453), o autuado alega que se referem a brindes adquiridos para distribuição gratuita aos seus empregados, conforme NFs 72423 e 8774 (fls. 1195/1196). Neste caso, o valor da mercadoria constante da Nota Fiscal emitida pelo autuado deve ser o mesmo da Nota Fiscal emitida pelo fornecedor (art. 565 do RICMS/BA). Assim, o autuante deveria retificar a base de cálculo constante do levantamento fiscal às fls. 388 a 391 do PAF, relativamente às NFs 42054 e 42055.

Quanto à infração 07, o autuado alega que em relação às datas de ocorrência de 31/01/2005 (R\$4.446,29), 30/11/2005 (R\$2.358,48) e 31/12/2005 (R\$5.865,32), não há nenhuma indicação no anexo VII das operações que ensejaram a exigência dos valores. Considerando que os valores apurados nas mencionadas datas encontram-se no verso da fl. 461 do PAF, o autuante deveria fornecer ao defendente, mediante recibo, outras cópias do levantamento fiscal (fls. 458 a 462, inclusive a fl. 461 verso).

Após o cumprimento da diligência, foi solicitado para a repartição fiscal expedir intimação ao autuado com a entrega de cópias de todos os elementos que fossem acostados aos autos juntamente com a informação fiscal, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal devidamente identificado, com a indicação do prazo de trinta dias para o sujeito passivo se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento ao solicitado, foi prestada a informação de fls. 1546 a 1549 pelo Supervisor, dizendo que em relação à primeira infração, na diligência fiscal realizada anteriormente, ficou provada a devolução, no prazo regulamentar, das mercadorias constantes das notas fiscais de números 317 e 6131 (fls. 1033 e 1035) ficando configurado como mercadoria utilizada como material de consumo do estabelecimento. Diz que a mercadoria bandeja recebida através da NF 504 de BRF Assistência Técnica e Comércio Ltda foi utilizada como peça de reposição na manutenção de equipamento, tendo incidência do ICMS. Quanto às NFs 46189, 50114, 50513, 50547 e 4384, informa que não ficou provada a remessa da mercadoria defeituosa pelo autuado, para posterior recebimento, ficando configurada a entrada de material destinado ao consumo do estabelecimento. Diz que no caso específico da Nota Fiscal 2605, datada de 23/12/2003, a devolução da peça defeituosa foi realizada após a data de entrada da remessa em garantia, conforme fl. 1046 dos autos, ou seja, em 25/06/2005, dezoito meses depois. Assim, entende que ficou configurada a entrada para uso do material (peça) ou consumo do estabelecimento. Salienta que não há hipótese de não incidência ou isenção de diferença de alíquota nas aquisições de materiais de uso ou consumo de contribuinte optante pelo regime simplificado de apuração, como ocorreu com a Nota Fiscal 502 (fl. 1051). Informa que a mercadoria constante da NF 1325 foi utilizada como peça de reposição, substituindo outra que compõe o equipamento da unidade sopradora.

Quanto à infração 05, informa que anexou cópia da Nota Fiscal nº 7296 e diz que não foi encontrada nenhuma referencia no PAF à NF 26034, que o autuado informou não ter localizado em seus arquivos.

Infração 06: Elabora demonstrativo do débito apurado no mês de dezembro de 2005, em virtude da retificação da base de cálculo da NF 42055, que passou a ser de R\$2.376,00 e não R\$2.160,00

Infração 07: Foi informado que foi entregue ao defendente cópia das fls. 458 a 462, conforme intimação à fl. 1545 do PAF.

Intimado sobre a conclusão da diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, o defendente se manifestou às fls. 1553/1555, alegando que em relação à infração 05, nas manifestações anteriores foi requerido o cancelamento da exigência relativa aos períodos de apuração de 31/10/2005, 30/11/2005 e 31/12/2005, tendo em vista que não havia indicação das notas fiscais vinculadas ao Anexo VII. Diz que esta JJF determinou o fornecimento de nova cópia do mencionado demonstrativo que está na fl. 461 – verso. Entende que, como os demais períodos da apuração, houve mero erro de descumprimento de obrigação formal. Diz que a própria fiscalização reconhece que a empresa utilizou a alíquota de 7% ao invés de 17%. Entretanto, como as notas fiscais não mencionaram expressamente a concessão do desconto, a fiscalização procedeu à exigência da diferença. Assim, o defendente afirma que não existem dúvidas quanto à concessão do desconto nas vendas realizadas, face à utilização da alíquota de 7%. Diz que também não merece prosperar a exigência contida na infração 07, em relação aos períodos de 31/10/2005, 30/11/2005 e 31/12/2005. O defendente informa que, juntamente com a manifestação, anexa aos autos a cópia legível da NF 7296, relativa à infração 05, conforme solicitado por esta JJF. Por fim, requer seja cancelado integralmente o crédito tributário exigido na infração 07, sem prejuízo dos demais itens impugnados.

Considerando que inexistia comprovação nos autos de que o autuante tomou conhecimento das diligências fiscais efetuadas por Auditor Fiscal estranho ao feito esta JJF, converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem para que fosse dado conhecimento ao autuante, das fls. fls. 1369 a 1374 e 1546/1547. Quanto à infração 02, considerando a informação constante no “HISTÓRICO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO, do INC (Informações do Contribuinte) desta SEFAZ, referente às empresas J. de Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Apraras de Papel Velho Ltda., foi solicitado para o autuante excluir do presente lançamento as notas fiscais correspondentes ao período em que as mencionadas empresas estavam habilitadas a operar no regime de diferimento. Em relação à infração 05, também foi solicitado para o autuante

intimar o defendente para apresentar cópia da Nota Fiscal 26034, citada na NF 7652 (fl. 1190). Após o cumprimento da diligência, que a repartição fiscal intimasse o autuado com a entrega de cópias de todos os elementos que fossem acostados aos autos juntamente com a informação fiscal, com a indicação do prazo de dez dias para o sujeito passivo se manifestar, querendo.

Em atendimento, foi efetuada diligência por estranho ao feito às fls. 1564/1565, dizendo que elaborou planilha com as notas fiscais remanescentes do demonstrativo de fls. 206/209, conforme fl. 1564 dos autos. Após as exclusões das notas fiscais das empresas J. de Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papel Velho Ltda., elaborou novo demonstrativo de débito da infração 02 à fl. 1564, alterando-se o total exigido neste item do Auto de Infração para R\$14.220,67. Quanto à infração 05, anexou ao presente processo cópia legível da Nota Fiscal 26034, citada na NF 7652 (fl. 1190).

Intimado da diligência fiscal, o defendente se manifestou às fls. 1573 a 1575, requerendo a desistência parcial da impugnação apresentada, em relação aos seguintes itens do Auto de Infração:

Infração 06: Informa que já havia reconhecido a procedência parcial desta infração, conforme requerimento protocolado em 12/12/2007. Diz que reconhece a procedência do valor remanescente impugnado, correspondente às notas fiscais 28029, 28549, 42054 e 42055, conforme planilha que elaborou à fl. 1574.

Infrações 07, 09, 16, 17, 18: Reconhece a procedência dos valores integrais exigidos nestes itens do Auto de Infração. Declarou que renuncia a quaisquer alegações de direito em relação aos mencionados itens e requereu a juntada de cópia do DAE comprovando o recolhimento dos valores incluídos pela empresa na fruição dos benefícios da Lei 11.908/2010.

Na sustentação oral realizada na sessão de julgamento, o defensor do autuado requereu a realização de perícia em relação aos fatos e documentos relativos à infração 03.

VOTO

Inicialmente, o defendente alegou que as intimações emitidas pela fiscalização solicitaram documentos relativos aos exercícios de 2003 a 2006 e a Ordem de Serviço referida no Termo de Início de Fiscalização (OS 517110/06, fls. 31/32) não é a mesma referida no Auto de Infração (OS 506373/07 – fl. 01) esta última emitida após o início da ação fiscal. O autuado alega que não foi intimado do Termo de Início de Fiscalização nem lhe foi dada ciência a respeito das ordens de serviço, em desrespeito ao art. 28, inciso I do RPAF. Diz que, apesar de as intimações recebidas pela empresa solicitarem documentos relativos aos exercícios de 2003 a 2006, a fiscalização lavrou o Auto de Infração relativo ao período de 2002 a 2007.

Quanto ao início da Fiscalização, o art. 28 do RPAF/99, estabelece:

“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exhiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização”.

Observo que apesar de o contribuinte alegar que não tomou conhecimento do Termo de Início de

Fiscalização à fl. 31 do PAF, foram acostadas aos autos as intimações para apresentação de livros e documentos fiscais (fls. 24 a 30), e todas foram datadas e assinadas por representante do autuado. Assim, no caso em exame, o sujeito passivo tomou conhecimento do início da fiscalização, e a emissão da intimação já dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

O autuado também alegou que apesar de as intimações solicitaram documentos relativos aos exercícios de 2003 a 2006, a fiscalização lavrou o presente Auto de Infração referente ao período de 2002 a 2007. Neste caso, entendo que o fato alegado não é motivo para nulidade do procedimento, haja vista que o autuado poderia ter efetuado o recolhimento espontâneo do imposto devido em relação ao período não consignado na intimação e Termo de Início de Fiscalização.

Quanto à alegação referente ao número e data de emissão da Ordem de Serviço, trata-se de questão administrativa que não invalida o trabalho de fiscalização, haja vista que o contribuinte foi regularmente intimado do início da ação fiscal.

Considerando que não foram constatadas falhas processuais e não estando presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir imposto a partir de janeiro de 2002, observo que a legislação estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 965 do RICMS/97, que está de acordo com o art. 173, I do CTN.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

Art. 150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2002 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2007. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/10/2007, 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.

Vale salientar que o art. 28 e seu § 1º do Código Tributário do Estado da Bahia estabelecem que “Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa, após cinco anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento”. Portanto, não é acatada a preliminar suscitada pelo defendente, de que houve decadência quanto aos valores apurados no exercício de 2002.

Na sustentação oral realizada na sessão de julgamento, o defensor do autuado requereu a realização de perícia em relação aos fatos e documentos relativos à infração 03. Fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos, inclusive, com a juntada de documentos pelo defendente.

No mérito, a primeira infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2003 a março de 2006. Demonstrativos de fls. 201 a 205 do PAF.

A infração 10 se refere à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2003 a março de 2006. Demonstrativos de fls. 201 a 205 do PAF.

Saliento que infrações 01 e 10, serão analisadas conjuntamente, tendo em vista que a caracterização dos materiais objeto da autuação é fundamental para a decisão da lide quanto aos mencionados itens do Auto de Infração.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado reconhece a procedência parcial da exigência fiscal relativa a estas infrações, exclusivamente quanto às operações de aquisição de produtos relacionados no demonstrativo de fls. 946/947 (vol. 4). Em relação aos demais itens do levantamento fiscal, alega que houve equívoco na autuação, porque a fiscalização considerou indevido o crédito apropriado e exigiu diferença de alíquota referente a matérias primas, material de embalagem e produtos intermediários. Salienta que o Fisco entendeu como indevida a utilização de crédito fiscal relativo a lâmpadas, rótulos e barras de cola, dizendo que esses materiais são efetivamente essenciais à atividade produtiva, e por isso, possibilitam a utilização do respectivo crédito fiscal; não há que se falar em material de uso e consumo, e sim de produtos intermediários.

O defendente apresentou descrição de seu processo produtivo (fls. 1017 a 1019) para que se tenha uma visualização completa do mencionado processo produtivo, asseverando que além da exigência indevida sobre as aquisições de lâmpada, rótulos e barra de cola, o presente Auto de Infração ainda exige diferença de alíquota em relação às seguintes operações: a) retorno de ativo imobilizado que haviam saído em comodato (NFs 2470, 24669, 25453, 5689, 7893, 6132); b) recebimento de mercadorias em empréstimos; c) recebimento de mercadorias para amostra; d) recebimento de mercadoria “remessa em garantia”; e) retorno de mercadorias enviadas para conserto; f) compra de mercadoria junto a empresa de pequeno porte instalada fora do Estado.

Observo que os insumos estão diretamente vinculados ao processo industrial e a quantidade aplicada ou utilizada está relacionada com a produção, sendo essa quantidade necessária para obtenção do produto final. Em relação ao produto intermediário, somente se considera como tal se os materiais forem consumidos no processo industrial ou integrem o produto final, na condição de elemento indispensável à sua composição, conforme estabelece o § 1º do art. 93 do RICMS/97.

O presente processo foi convertido em diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal, sendo informado pelo diligente que as mercadorias barra de cola e rótulos integram o produto final, garrafa pet. O diligente fotografou o processo industrial onde constatou o momento em que os rótulos são afixados nas garrafas, com utilização da barra de cola. Quanto à lâmpada da sopradora, informou que se desgasta durante o processo produtivo, e é essencial para aquecimento da preforma, antes de sua transformação em garrafa PET, que depois é rotulada. Elaborou novos demonstrativos de débito das infrações 01 e 10, apurando os valores do imposto, totalizando R\$12.029,29 (infração 01 – fls. 1369/1370) e R\$84.155,02 (infração 10 – fls. 1372/1373).

Quanto às demais alegações apresentadas pelo defendente, conforme diligência realizada às fls.1546 a 1549 não ficaram comprovados itens elencados nas razões de defesa, relativamente às

devoluções de empréstimos, remessa em garantia e demais argumentos do autuado. O autuado foi intimado desta diligência, conforme fl. 1550, e não apresentou qualquer contestação.

Concluo que a irregularidade apontada está devidamente caracterizada, sendo parcialmente procedente a exigência fiscal das infrações 01 e 10, de acordo com os valores do imposto apurados na diligência às fls. 1369/1373, totalizando R\$12.029,29 (infração 01 – fls. 1369/1370) e R\$84.155,02 (infração 10 – fls. 1372/1373), retificando-se o total apurado para R\$ 12.048,81 em razão de erro na soma dos valores.

Infração 02: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente às saídas de sucatas com diferimento de ICMS para destinatários em situação de INAPTO, isento de inscrição estadual ou não habilitado para adquirir tais mercadorias com diferimento do imposto, no período de fevereiro de 2003 a março de 2006, conforme demonstrativos de fls. 206 a 209 dos autos.

Em sua impugnação, o autuado reconheceu a procedência das exigências relativas às NFs 11735, 27788, 28237, 35364. Impugnou o lançamento em relação às NFs 16357, 16614 16615, alegando que as mercadorias foram internadas na Zona Franca de Manaus. Afirma, também, que não deve prosperar a exigência do imposto com relação às vendas efetuadas para Lwart Lubrificantes Ltda. e Petrolub Industrial Lubrificantes Ltda., por se tratar de operações de venda de óleo lubrificante, isentas de ICMS, conforme art. 21, II do RICMS/BA. Quanto às saídas para J. Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papelão Velho, no valor principal de R\$17.976,09 e R\$149,11, respectivamente, o autuado entende que não procede a exigência do imposto alegando que existe habilitação dessas empresas para adquirir as mercadorias com diferimento.

Observo que o art. 21, II do RICMS/BA, citado pelo defendente, estabelece:

Art. 21. São isentas do ICMS as operações com combustíveis e lubrificantes:

II - até 31/12/12, nas saídas de óleo lubrificante usado ou contaminado, coletados por estabelecimento coletor cadastrado e autorizado pela Agência Nacional de Petróleo (ANP), com destino a estabelecimento re-refinador ou coletor-revendedor, devendo o trânsito dessas mercadorias até o estabelecimento destinatário ser acompanhado (Conv. ICMS 03/90 e 38/00):

a) por Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, relativa à entrada, dispensado o estabelecimento remetente da emissão de documento fiscal; ou

b) por Certificado de Coleta de Óleo Usado emitido pelo coletor, observadas as disposições do Convênio ICMS 38/00;

O autuante acatou a alegação defensiva somente em relação às NFs 16357, 16614 16615; e afirmou que as informações constantes nos arquivos magnéticos e escrituração do autuado são inconsistentes.

Na diligência fiscal realizada (fls. 1369/1374 – VOL 5), foi informado pelo diligente que excluiu do levantamento fiscal as notas fiscais referentes às saídas de lubrificantes, de números 11735, 16807, 17596, 18051, 18317, 20120, 22368, 24049, 24462, 26046, 26460, 27788, 27850, 20121, 28176, 28237, 29303, 29470, 33060, 36842. Quanto à habilitação das empresas J. Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Com. de Aparas de Papel Velho Ltda., informa que o autuante recorreu aos dados cadastrais constates do banco de dados desta SEFAZ. Elaborou novo demonstrativo de débito às fls. 1370/1371, apurando o débito total de R\$32.924,14.

Na manifestação apresentada após a diligência fiscal, o defendente alegou que na revisão fiscal restou comprovada a improcedência da exigência fiscal em relação às vendas para a Lwart Lubrificantes Ltda. e Petrolub Industrial Lubrificantes Ltda.. Quanto às saídas para as empresa J. Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papelão Velho, o defendente alega

que não tem acesso aos dados cadastrais da SEFAZ-BA, que é disponível apenas aos funcionários do órgão.

Considerando a informação constante no “HISTÓRICO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO, do INC (Informações do Contribuinte) desta SEFAZ (fls. 1399/1402), referente às empresas J. de Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papel Velho Ltda., foi solicitado para o autuante excluir do presente lançamento as notas fiscais correspondentes ao período em que as mencionadas empresas estavam habilitadas a operar no regime de diferimento.

Em atendimento, a diligência foi efetuada por estranho ao feito às fls. 1564/1565, dizendo que elaborou planilha com as notas fiscais remanescentes do demonstrativo de fls. 206/209, conforme fl. 1564 dos autos. Após as exclusões das notas fiscais das empresas J. de Oliveira Lima & Cia Ltda. e Enivaldo Comércio de Aparas de Papel Velho Ltda., elaborou novo demonstrativo de débito desta infração 02 à fl. 1565, alterando-se o total exigido neste item do Auto de Infração para o total de R\$14.220,67, conforme demonstrativos às 1564/1565, que não foi contestado pelo defendente após a intimação de fl. 1571 dos autos.

Observo que no demonstrativo elaborado pelo diligente à fl. 1564 foram incluídas indevidamente as Notas Fiscais 16357, 16614 16615, alegadas pelo defendente que se tratam de mercadorias que foram internadas na Zona Franca de Manaus, alegação acatada pelo autuante na informação fiscal. Assim, excluindo as mencionadas notas fiscais do demonstrativo da diligência, o débito apurado nesta infração fica reduzido para R\$110,41. Acato os novos demonstrativos elaborados por Auditor estranho ao feito na diligência fiscal, com as exclusões citadas, e concluo pela procedência parcial desta infração.

Infração 03: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, por ter considerado de forma indevida que as saídas de preformas diversas estariam amparadas pelo benefício do diferimento para destinatário que só possuía habilitação para as aquisições de preforma de 2 litros, no período de março de 2002 a março de 2006. Demonstrativos de fls. 229 a 233.

Conforme alegado pelo defendente, são vendas realizadas para a empresa Norpet – Industria, Comércio e Representações de Embalagens Plásticas Ltda. amparadas pelo benefício concedido no âmbito da BAHIAPLAST, sendo a mencionada empresa habilitada para aquisição de preformas destinadas à fabricação de garrafas pet de dois litros. Diz que não estão cobertas pelo benefício de diferimento apenas as vendas relativas às preformas de 17, 18, 22 e 26 gramas, e que a exigência referente às preformas de 18, 22 e 26 gramas foram extintas pela decadência. Portanto reconhece o débito em relação às vendas com diferimento das preformas de 17 e 28 gramas. Esclarece que as preformas de 33 gramas a 48 gramas foram utilizadas pela Norpet para fabricação de garrafas pet de 2 litros, conforme declaração que acostou ao PAF, estando incluídas no benefício de diferimento previsto na Resolução 17/99, no âmbito da BAHIAPLAST. Quanto às preformas de 33, 34, 39,40 e 48 gramas, pede que seja cancelada a exigência fiscal, alegando que se referem às vendas destinadas à fabricação de garrafas pet de 2 litros, amparadas pelo benefício de diferimento.

A alegação de decadência, já foi apreciada neste voto, sendo decidido que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo de cinco anos, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa. Portanto, não acato a alegação defensiva quanto às preformas de 18, 22 e 26 gramas, salientando-se que foi reconhecido pelo autuado o débito correspondente às de 17 e 28 gramas.

O levantamento fiscal foi efetuado em relação às operações de saídas no período de março de 2002 a março de 2006 (fls. 229 a 233), de preformas diversas (17, 18, 22, 26, 28, 33, 34, 39, 40, 48 gramas) que estariam amparadas pelo benefício do diferimento para o destinatário, Norpet – Industria, Comércio e Representações de Embalagens Plásticas Ltda. Benefício concedido no

âmbito da BAHIAPLAST, sendo a mencionada empresa habilitada para aquisição de preformas destinadas à fabricação de garrafas pet de dois litros (fl. 238/240).

Pelo quadro comparativo à fl. 245, apresentado pelo autuado, as garrafas produzidas de dois litros correspondem a 52,0 / 54,0 gramas, e a Resolução 17/1999 (fls. 238/239 prevê o benefício do diferimento para a empresa habilitada (NORPET), nas aquisições de preforma de 02 litros. Portanto, com base nas informações trazidas aos autos pelo defendente à fl. 245 do PAF, entendo que está comprovado que foi utilizado o benefício do diferimento em relação às saídas de preforma para destinatário que não possuía habilitação para aquelas mercadorias objeto das operações. Infração subsistente.

Infração 04: Deixou de recolher o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas ao consumo dos seus funcionários, contrariando o art; 343, inciso XVIII, combinado com o art. 399, inciso II, alínea I e art. 504, inciso IV do RICMS/BA, no período de janeiro de 2002 a dezembro de 2005. Demonstrativo de fls. 298 a 301.

Nas razões de defesa, o autuado reconhece a procedência da exigência fiscal relativa às operações com os fornecedores EMBRASA E PURAS 499, ressaltando os casos em que se operou a decadência. Diz que houve equívoco da autuação em relação às refeições da empresa SODEXHO 82, considerando que o ICMS diferido foi regularmente recolhido, conforme notas fiscais que relacionou às fls. 958/959 do PAF. Com relação às NFs 22488 e 27649, diz que os valores foram retidos pelo impugnante, mas por equívoco, o recolhimento ocorreu através de DAE, e embora tenha havido erro formal o ICMS foi recolhido. O defendente apresentou o entendimento de que a substituição tributária é mera técnica de arrecadação do tributo, e no caso em análise, os pagamentos foram efetivados pelo impugnante (doc 17 – fls. 1098 a 1145), fato desconsiderado pela fiscalização.

Observo que o adquirente, neste caso, é responsável por substituição relativamente ao imposto cujo lançamento se encontrava diferido. O valor lançado representa o imposto correspondente às operações antecedentes cujo lançamento se encontrava diferido, em virtude da responsabilidade que é atribuída por lei ao autuado, na qualidade de responsável tributário por substituição, por ter ocorrido em seu estabelecimento o fato que encerra a fase de diferimento.

O autuado apresentou DAEs comprovando o recolhimento de parte do imposto exigido neste item da autuação fiscal, sendo refeitos os cálculos mediante diligência fiscal realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, para excluir os recolhimentos comprovados por meio de DAEs que constavam o número da respectiva Nota Fiscal. Portanto, na diligência fiscal encaminhada por esta JJF, foi solicitado para o diligente excluir do levantamento fiscal os valores cujo recolhimento do imposto foi comprovado por meio de DAEs que constam a numeração da respectiva nota fiscal. O diligente elaborou novo demonstrativo de débito, apurando o total de R\$46.656,07, conforme demonstrativo de fl. 1371.

Na manifestação apresentada (fls. 1528/1536) após a diligência fiscal, o defendente argumenta que devem ser excluídos os valores alcançados pela decadência, relativamente ao período de 31/01/2002 a 31/10/2002. Entretanto tal alegação já foi apreciada neste voto.

Acato o resultado da mencionada diligência, concluo pela subsistência parcial desta infração, no valor de R\$46.656,07, conforme demonstrativo de fl. 1371.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por ter realizado vendas interestaduais com alíquota especial de 7%, sem previsão legal, contrariando o disposto no inciso II do art. 50 do RICMS/BA, nos meses de agosto a outubro de 2002. Demonstrativo de fl. 385.

O autuado alega que as notas fiscais objeto da autuação, de números 7296, 7386, 7390, 7429, 7430, 7571, 7652 e 7653 (fls. 1176 a 1190), demonstram que se trata de operações de devolução de preformas recebidas em empréstimos, ou devolução de material recebido em demonstração,

sendo a alíquota aplicada a mesma adotada quando da remessa da mercadoria. Assevera que o fato de o impugnante ter utilizado CFOP 6.999 (outras saídas não especificadas) ao invés do CFOP 6.202 (devolução de compra para comercialização), não autoriza o lançamento de eventuais diferenças a título de ICMS.

Em relação à devolução de mercadorias o art. 651 do RICMS/97 estabelece:

Art. 651. *Ao devolver mercadorias que tenham entrado no estabelecimento, a qualquer título, o contribuinte ou pessoa obrigada à emissão de Nota Fiscal emitirá este documento, com destaque do imposto, se for o caso, a fim de dar curso às mercadorias, no trânsito, e para possibilitar a utilização do crédito fiscal pelo estabelecimento de origem, quando admitido, mencionando, nele, o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, conforme o caso, sobre o qual será calculado o imposto.*

Parágrafo único. *Na devolução, devem ser tomadas como base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário, a não ser que este tenha sido emitido de forma irregular, com imposto destacado a mais, hipótese em que a base de cálculo e a alíquota a serem aplicadas serão aquelas que deveriam ter sido utilizadas corretamente.*

No caso em exame, nas notas fiscais objeto da exigência do imposto neste item da autuação (fls. 1176 a 1190), além de constar como natureza de operação “outras saídas não especificadas”, não foram indicados os dados relativos ao motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário. Não obstante essa omissão, consta uma informação no campo “dados adicionais” das NFs 7386, 7390, 7429, 7430, 7571, 7653 que se trata de retorno de material enviado a título de empréstimo. Assim, considerando que deve ser acatada a alegação defensiva em relação aos mencionados documentos fiscais, porque foi indicado nos documentos fiscais o retorno das mercadorias, foi encaminhada diligência fiscal para ser elaborado novo demonstrativo.

Foi solicitado para o diligente excluir da exigência fiscal as notas fiscais de números 7386, 7390, 7429, 7430, 7571 e 7653 nas quais foi consignada a informação de que se trata de retorno de material enviado a título de empréstimo e o número do documento fiscal originário. Em atendimento, foi feito o demonstrativo de débito à fl. 1372, apurando o total de R\$150,98, sendo R\$57,23 - NF 7296 (data de ocorrência 31/08/2002) e R\$93,75 - NF 7652 (data de ocorrência 31/10/2002).

Intimado para tomar conhecimento do novo demonstrativo, o defendente alegou que também devem ser excluídas as Notas Fiscais 7296 (fl. 1176) e 7652 (fl. 1190), por se tratar de operações envolvendo devolução de preformas recebidas em empréstimo ou devolução de material recebido em demonstração, cuja alíquota de retorno deve ser a mesma adotada na remessa da mercadoria.

Constato que a NF 7296 (fls. 1176 e 1548) se refere à mercadoria recebida por meio da NF 38038 (fl. 1177), estando comprovado que se trata de envolvendo devolução de mercadoria, conforme alegado pelo defendente. O mesmo ocorre em relação à NF 7652 (fl. 1190), também constando a informação no campo “dados adicionais”, que se trata de retorno de material enviado a título de demonstração através da NF 26.034, de 24/09/2002 (fl. 1566). Assim, excluindo-se as duas Notas fiscais remanescentes, NFs 7296 e 7652, este item do Auto de Infração é improcedente

Conforme manifestação apresentada às fls. 1573 a 1575, o defendente requereu desistência parcial da impugnação apresentada, em relação aos seguintes itens do Auto de Infração:

Infração 06: Informa que já havia reconhecido a procedência parcial deste item da autuação, conforme requerimento protocolado em 12/12/2007. Diz que reconhece a procedência do valor

remanescente impugnado, correspondente às notas fiscais 28029, 28549, 42054 e 42055, conforme planilha que elaborou à fl. 1574.

Infrações 07, 09, 16, 17, 18: Reconhece a procedência dos valores integrais exigidos nestes itens do Auto de Infração. Declarou que renuncia a quaisquer alegações de direito em relação aos mencionados itens e requereu a juntada de cópia do DAE comprovando o recolhimento dos valores incluídos pela empresa na fruição dos benefícios da Lei 11.908/2010.

Considerando a manifestação apresentada pelo autuado, desistindo da defesa em relação às infrações 06, 07, 09, 16, 17 e 18, concluo pela extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, inciso I do CTN, ficando prejudicada a defesa quanto a estes itens do Auto de Infração.

De acordo com as razões defensivas, o autuado não impugnou as infrações 08, 11, 12 e 13, com exceção dos valores que entende que foram alcançados pela decadência na infração 08. Disse que já protocolou pedido de quitação do débito em relação aos valores reconhecidos. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

A alegação de decadência, já foi apreciada neste voto, sendo decidido que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo de cinco anos, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

Infração 14: Deixou de recolher o ICMS nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com natureza da operação Exportação, sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Guias ou Registro de Exportação, nos meses de julho e agosto de 2002. Demonstrativo à fl. 572.

O defendente alega que as operações autuadas foram canceladas, consoante notas fiscais de devolução de números 00365 e 00366 (fls. 1248 a 1251). Assegura que as mercadorias foram devolvidas para o impugnante antes da exportação, sendo desnecessário comprovar a efetiva exportação, tendo em vista que as operações foram canceladas.

Efetuada diligência para que fosse apurado se as NFs 365 e 366 (fls. 1249 e 1251) foram emitidas na ordem cronológica do talonário e se foram escrituradas na época própria. O diligente confirma a emissão sequencial no talonário de nota fiscal série 1, das mencionadas NFs de números 365 e 366, e o respectivo lançamento nos livros de Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, conforme cópias que acostou aos autos, fls 1451 a 1460.

Em sua manifestação, o defendente diz que a revisão fiscal comprovou a improcedência destas infrações, tendo em vista o cancelamento das exportações objeto da autuação. Após analisar a documentação apresentada pelo defendente e as informações prestadas na diligência realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, considero que está elidida a exigência fiscal. Infração insubsistente.

Infração 15: Deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas de mercadorias acobertadas por notas fiscais com fim específico de exportação (exportação indireta) sem comprovação da efetiva saída do país por intermédio de Registros de Exportação emitidos pelo destinatário, condição necessária ao reconhecimento da não incidência, conforme previsto no Convênio ICMS 113/96, nos meses de julho e agosto de 2002. Planilha à fl. 576.

O autuado alega que as operações autuadas referem-se a cancelamento de operações de exportação, consoante as notas fiscais de números 7145 e 7193 (fls. 1253 a 1256). Afirmar que apesar de ter remetido as mercadorias para exportação, as operações não foram concluídas, tendo em vista que as mercadorias foram devolvidas, conforme as notas fiscais citadas anteriormente.

À fl. 1373, o diligente confirmou o registro e informação de que a Nota Fiscal 7145, emitida em 01/08/2002, no valor de R\$1.505.341,57 se refere à devolução da Nota Fiscal 34544, emitida em 08/07/2002, por Engpack Embalagens São Paulo S/A, no mesmo valor. Também confirma o registro e informação de que a NF 7193, emitida em 07/08/2002, no valor de R\$1.072.659,74 se refere

à devolução da NF 34758 e não 34458, tendo ocorrido erro de digitação. Tudo conforme as fotocópias que anexou aos autos, fls. 1462 a 1493.

O defendente diz que a revisão fiscal comprovou a improcedência desta infração, tendo em vista o cancelamento das exportações objeto da autuação. Analisando a documentação apresentada pelo defendente, concluo que está elidida a exigência fiscal. Infração insubsistente.

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

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	12.046,81	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	110,41	-
03	PROCEDENTE	753.364,59	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	46.656,07	-
05	IMPROCEDENTE	-	-
06	DEFESA PREJUDICADA	24.536,19	-
07	DEFESA PREJUDICADA	110.688,82	-
08	PROCEDENTE	121.762,87	-
09	DEFESA PREJUDICADA	19.641,54	-
10	PROCEDENTE EM PARTE	84.155,02	-
11	PROCEDENTE	47.359,15	-
12	PROCEDENTE	75.478,12	-
13	PROCEDENTE	22.079,89	-
14	IMPROCEDENTE	-	-
15	IMPROCEDENTE	-	-
16	DEFESA PREJUDICADA	-	17.566,71
17	DEFESA PREJUDICADA	-	775.364,55
18	DEFESA PREJUDICADA	-	8.280,00
TOTAL	-	1.317.879,48	801.211,26

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 **210432.0003/07-8**, lavrado contra **ENGEPACK EMBALAGENS S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.317.879,48**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, “d”, “e” e “f” e inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$801.211,26**, previstas no art. 42, inciso IX; XIII-A, alíneas “g” e “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos

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, 21 de março de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA