

A. I. N° - 108580.0910/09-0
AUTUADO - REMPLARI EMBLAGENS PLÁSTICAS LTDA.
AUTUANTE - LAUDELINO BISPO C. FILHO e SÉRGIO P. FURQUIM DE ALMEIDA
ORIGEM - IFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 12.05.2011

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0106-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. A diligência solicitada a ASTEC/CONSEF, após ter acesso aos originais das aludidas notas fiscais, conclui que as mesmas amparam os créditos fiscais lançados pelo sujeito passivo, restando, por conseguinte, a infração improcedência. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. CANCELAMENTO IRRGULAR. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. As notas fiscais do CEFAMT, que se constituem na prova material das da exigência não foram apresentadas, conforme alegação do próprio autuante de que não poderia apresentá-las. Infração improcedente. 3. BENEFÍCIO FISCAL. DESENVOLVE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Acusação de recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilatação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, de acordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento. Diligência comprovou ser parcialmente procedente a defesa apresentada. Infração parcialmente procedente. 4. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. DIFERIMENTO. RECEBIMENTOS DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. Infração não caracterizada. O autuado não está dispensado de efetuar o pagamento do imposto diferido relativo ao fornecimento das refeições por empresa enquadrada no SIMPLES NACIONAL, para alimentação de seus empregados. Infração não caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 29/09/2009, para exigir 04 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS, conforme segue:

Infração 01- utilizou a mais crédito fiscal de ICMS sem comprovante documento comprobatório do direito ao referido crédito fiscal. ICMS no valor de R\$49.650,13, multa de 60%;

Infração 02 – omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente. ICMS no valor de R\$ 12.093,29, multa de 60%;

Infração 03 – recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilatação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, em de acordo com a legislação do desenvolve, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento. Consta que o sujeito passivo utilizou indevidamente na apuração mensal do saldo devedor pala transferência de mercadoria adquirida de terceiros ferindo o princípio do benefício fiscal já mencionado. ICMS no valor de R\$ 1.797.073,45, multa de 100%;

Infração 04 - deixou de recolher o ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários. ICMS no valor de R\$ 3.708,55, multa de 60%;

O sujeito passivo ingressa com a impugnação, às fls. 198 a 206, afirmando inicialmente que todas as infrações são cabíveis de nulidade.

Quanto à infração 01, assegura que a fiscalização entendeu que o contribuinte utilizou indevidamente crédito de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito nos anos de 2005 e 2007 que foi regularmente escriturado e crédito em seu livro de Registro de Entradas.

Alinha que os supostos créditos foram discriminados no auto de infração e se referem aos meses encerrados em 30/11/05 – 30/06/07 – 30/07/07 – 30/08/07 – 30/09/07 e 30/10/07 e se referem a consumo de energia elétrica utilizada pelo contribuinte.

Afirma que, conforme contas de consumo em anexo, elas existem e efetivamente foram apresentadas à fiscalização que estranhamente não as considerou.

Aduz que não se podendo conceber que uma empresa não tenha consumido eletricidades em alguns meses. A conta existia, era um fato, ainda que não fosse apresentada.

Ressalta o princípio da busca da verdade material, para destacar que, com a apresentação dos documentos com a presente defesa, entende que a capitulação da infração 01 não poderá ser mantida, pois o crédito de ICMS originou-se de documentos lícitos e legais.

Em relação à infração 02, afirma que foi autuado por ter omitido saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente.

Aduz que as respectivas notas fiscais, em consenso, foram lançadas no livro de Registro de Saídas do exercício de 2005, como canceladas sem, contudo haver a apresentação das respectivas vias do cancelamento aos representantes fiscais que inclusive constam no CFAMT como transitadas.

Alinha que, ao contrário do citado, as vias das notas fiscais estão sendo anexadas a presente defesa, demonstrando que não foram utilizadas no transporte de mercadorias pelo contribuinte.

Consigna caso tornasse ciente da existência das demais vias do talonário, por certo, as teria apresentado a fiscalização, o que é feito nesse momento descaracterizando a conduta descrita no auto de infração.

Considera que, ante a apresentação das notas fiscais, a autuação não poderá persistir, impondo-se o seu cancelamento.

Em relação à infração 03, afirma que a autuação, constante do item 03 do auto, consiste na eventual infração ao Projeto de Incentivo Fiscal DESENVOLVE pelo contribuinte em operações de transferência de matéria prima adquiridas de terceiros, sem que houvesse a industrialização na sede da empresa, como forma a possibilitar o uso do incentivo fiscal.

Afirma que a Lei 7.024/97 que instruiu o Projeto Desenvolve no Estado de Bahia tem o objeto de fomentar e diversificar a matriz industrial do Estado nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico social e geração de empregos e rendas na região.

Consigna que a fiscalização entende que a aquisição da indústria local de matéria prima e a sua venda para outro estabelecimento feriu os termos do incentivo fiscal previsto no regulamento.

Aduz que tal entendimento não pode ser mantido, pois a matéria prima adquirida foi produzida na região e que o tributo destacado também ficará na região de incentivo. Além disso, os montantes das vendas de matérias primas foram de pequena monta em face do movimento geral do contribuinte.

Destaca que não houve ofensa ao disposto no artigo 3º da Lei 7.024/97 na medida em que não houve desestímulo, pois o contribuinte em cinco anos, praticamente triplicou o seu faturamento na região contribuindo com a criação de empregos para a Cidade de Camaçari, fornecendo matéria prima a diversos estados do Brasil, inclusive a Cidade de São Paulo, para onde foram as matérias primas sem o beneficiamento industrial.

Argumenta que a Lei 7.980/01 que postergou o pagamento do ICMS de até 90% por um prazo de 72 meses, não foi ferida pelo contribuinte, visto que o imposto foi destacado e declarado e será pago no prazo determinado na lei.

Afirma ter ocorrido diversos equívocos pelos agentes fiscais, quando da coleta dos elementos para a lavratura do auto, ocasionando uma exigência tributária elevada, desassociada da realidade tributária realmente devida.

Alude que a apuração de 30 de março de 2008, contida no ANEXO 01 que faz parte da presente defesa, na apuração do imposto devido, exigeu o pagamento do tributo sobre todo o faturamento, quando na verdade, o contribuinte promoveu a vendas de produtos acabados que não poderiam ser desconsiderados no âmbito do Projeto Desenvolve.

Consigna que na apuração ocorrida em 30 de abril de 2008, o representante fiscal desconsiderou na apuração do tributo apurado sob o código 6152 ocasionando excesso de tributação ao contribuinte.

Assegura que na apuração ocorrida em 30 de maio de 2008, o fiscal desconsiderou o PROJETO DESENVOLVE para todo aquele exercício, deduzindo do valor a recolher, a parcela relativa ao diferencial de alíquotas, conforme demonstrado do ANEXO 1, pois o faturamento de produção é objeto do incentivo fiscal, e não poderia ser exigido na autuação, bem como na apuração de 30 de junho de 2008, o representante fiscal, desconsiderou os princípios fiscais incentivados pelo Projeto Desenvolve, operando no mesmo erro do mês anterior, ao incluir o faturamento com a produção na autuação.

Completa que na apuração de 30 de julho de 2008, 30 de agosto de 2.008, 30 de novembro de 2.008 e 30 de dezembro de 2008, incorreu a fiscalização no mesmo erro.

Afirma que na apuração ocorrida em 30/10/08 desconsiderou o faturamento do contribuinte do código 6.152 relativo ao faturamento de produtos e que no anexo 1 estão demonstrados os erros cometidos pela fiscalização, as quais espera ter reconhecimento pelo julgador e somente por amor direito, frisa não ter havido sonegação, o imposto foi debitado no Livro de Registro de Saídas da empresa e que pretende a fiscalização é simplesmente antecipar a sua exigibilidade.

Na infração 04 afirma que foi acusado de não recolher o ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários.

Alinha que contratou uma empresa para preparar as refeições de seus empregados e não recolheu o ICMS deferido sobre serviços de alimento de seus empregados e nem a empresa contratada, tudo

conforme notas fiscais de entradas, conforme livro de entradas de mercadorias. Entretanto, conforme documento em anexo, o contribuinte está enquadrado no Simples Nacional, que a isenta do recolhimento do ICMS deferido.

Assegura que ao contratar os serviços de fornecimento de refeições à empresa DN COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA - ME, aplicou as determinações do Dec. 6284/97-RICMS no tocante ao tratamento tributário diferenciado das Micro e Empresas de Pequeno Porte, por estar inscrita e enquadrada como tal, conforme se pode comprovar no documento de Informação Eletrônica (anexo).

Argumenta que o autuante não observou que, além de estar devidamente enquadrada como empresa de pequeno porte no cadastro de contribuinte, a DN COMERCIO DE ALIMENTOS LTDA, cumpriu na íntegra as obrigações acessórias imputadas a essa categoria de contribuinte, emitindo suas notas fiscais com o destaque exigido pelo Dec. 6284/97 –RICMS, onde consta a expressão: “Este Documento não Gera Crédito do ICMS”

Afirma que o autuante ao desconsiderar o enquadramento de empresa de pequeno porte, do fornecedor de refeições, impôs à autuada as exigências cabíveis quando da contratação de empresas enquadradas como “NORMAIS” onde se aplica o instituto da Substituição Tributária por Diferimento, exigindo que a autuada seja responsabilizada pela falta de recolhimento da empresa contratada e enquadrada como empresa de pequeno porte o que não tem amparo legal.

Conclui que o auto de infração deverá ser anulado nesse ponto em face do reconhecimento da isenção de recolhimento expressamente requerido.

Requer, por fim, que o auto de infração seja anulado.

O autuante, às fls. 247 a 249, apresenta a informação fiscal, alinhando que o autuado, inúmeras vezes intimado, jamais apresentou a fiscalização as notas fiscais que ora ele anexa as cópias ao processo.

Afirma que o fato do contribuinte ter ou não ter consumido energia não me cabe discutir. Auditor Fiscal no seu trabalho verifica documentos no caso, o que gera crédito fiscal é documento fiscal e tem de ser original. Alinha que infelizmente não foi apresentado, nem na fase da fiscalização e tampouco no período da sua defesa, portanto, continuamos aguardando, não acolhendo as cópias apresentadas, aduzindo que só caberia a apresentação dos originais.

Mantém a infração 01.

Quanto à infração 02, aduzo que o impugnante tenta demonstrar que as referidas Notas Fiscais foram efetivamente canceladas e que estava anexando ao PAF às outras vias das referidas Notas Fiscais.

Assegura que, na verdade, as Notas Fiscais foram efetivamente emitidas e tiveram curso para os estados do Piauí e Ceará como provam os documentos do CFAMT pagina 38 do PAF. Infelizmente, por inoperância do Sistema CFAMT na atualidade, não foi possível anexar ao presente PAF as referidas notas fiscais e o contribuinte não juntou ao processo as outras vias das notas fiscais canceladas.

Conclui pela manutenção da infração 02.

No que se refere à Infração 03, por uso indevido do benefício fiscal do DESENVOLVE, afirma que a defesa tenta encontrar razões outras para confundir conselheiros. Chama atenção de que o contribuinte recolheu em março de 2008 a menor a parcela não incentivada outros meses deixou de recolher e ainda passou a usar o benefício fiscal para mercadorias adquiridas através de transferências de outros estados e posteriormente vendidas e infelizmente tais mercadorias transferidas não podem gozar do benefício fiscal do Desenvolve, o benefício fiscal só é para

mercadorias fabricadas pelo próprio contribuinte, conforme inciso II do artigo 1º da Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve, fl. 195 do PAF.

Afirma que o mapa, das fls. 27 e 28 do PAF, sintetiza mês a mês a situação do contribuinte em relação ao Programa Desenvolve e seu conta corrente, não existindo erros ou equívocos, o que está errado ou no caso estão errados, são os mapas apresentados pelo defensor do contribuinte. Chama a atenção para o fato de se um contribuinte que tem o benefício do Desenvolve recolher a menos ou deixar de recolher o ICMS devido passa imediatamente a dever a parcela incentivada e este foi o nosso critério, não fugindo a regra da Infaz Indústria.

Anexa ao presente PAF mapa de recolhimento de ICMS do contribuinte do exercício de 2008 – pagina 32 do PAF.

Mantém a infração 03.

A infração 04 exige o ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus empregados.

Quanto à infração 04 pede a procedência da infração, pois não houve pagamento por parte da contratada e muito menos por parte da contratante do diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte de seus empregados. Tudo conforme paginas 33 a 37 do PAF.

Solicita a procedência do Auto de Infração.

A 2ª JJF, às fls. 252, considerando que o autuado, em relação à infração 01, apesar de não ter oferecido à fiscalização à época da ação fiscal, traz aos autos notas fiscais que alega acobertarem os créditos por ela utilizados, concernente à energia elétrica, relativos aos meses com data de ocorrências em 30/11/2005, 30/06/2007, 30/07/2007, e 30/10/2007; considerando que o autuado, quanto à infração 03, alega que os autuantes cometem o equívoco de alcançar, em sua exigência, produtos acabados que não poderiam ser desconsiderados no âmbito do Projeto Desenvolve, conforme detalha em sua defesa, às fls. 203 e 204 dos autos: deliberou que o processo fosse encaminhado à Assessoria Técnica do CONSEF, para que diligente revisor a ser designado, com base na documentação constante dos autos, bem como naquela a ser apresentada pelo autuado, mediante intimação, adote as seguintes providências:

“1) excluir da exigência, em relação à infração 01, os créditos considerados indevidos, cujos documentos fiscais que acobertam as suas utilizações, forem devidamente comprovados pelo autuado;

2) apurar, em relação à infração 03, se, efetivamente, os autuantes cometem o equívoco de alcançar, em sua exigência, produtos acabados que não poderiam ser desconsiderados no âmbito do Projeto Desenvolve, conforme detalha o autuado em sua defesa, às fls. 203 e 204 dos autos.

3) excluir da exigência, relativo à infração 03, tais produtos, que não se referirem à transferência de mercadorias adquiridas de terceiros, alvo da infração em questão.

4) apresentar, se for o caso, novas planilhas e demonstrativos de débitos que reflitam os ajustes das solicitações acima alinhadas.

Após a diligência, deverá ser entregue ao autuado, mediante recibo específico, cópia do parecer e dos novos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo diligente, oportunidade em que devem ser solicitadas ao autuado as peças defensivas através de mídia eletrônica.

Deverá ser informado ao autuado do prazo de 30 (dias) dias, para, reabertura da defesa, a respeito do resultado da diligência.

Havendo manifestação do autuado, deve ser dada ciência ao autuante.”

O diligente, às fls. 254 a 258, apresenta seu parecer afirmando que ao desenvolver os trabalhos de diligência constatou que os elementos integrantes do presente processo (demonstrativos, planilhas, documentos etc.) constituem em dados suficientes para a elaboração do trabalho da presente diligência, conforme a seguir exposto.

Assegurou ter intimado o autuado a apresentar Demonstrativo de Apuração Mensal do ICMS incentivado Programa DESENVOLVE, relativo ao exercício de 2008, em conformidade com art. 5º do Decreto nº 8.205 de 03/04/02 que instituiu o programa, com isso pode manifestar sobre os argumentos de defesa na sua manifestação administrativa contra a Infração-03 do Auto de Infração nº 108580.0910/09-0, objeto dessa diligência fiscal.

Alinha ter intimado, também, a apresentar documentos fiscais de entradas originais relacionados à Infração-01 do A.I. 108580.0910/09-0 em tela, conforme relação notas fiscais de entrada abaixo, com isso pode se manifestar quanto aos seus argumentos de defesa na sua manifestação administrativa acostada ao processo administrativo fiscal, objeto dessa diligência fiscal:

Notas Fiscais de Entrada		
Infração 01		
NF	VALOR	DT EMISSAO
12553	8.500,00	01/11/05
3183	19.385,23	26/11/05
13012	7.380,00	25/11/05
2322301	64.674,70	18/06/07
2392159	66.764,73	19/07/07
2489781	37.292,11	20/08/07
3750952	81.656,98	26/09/07
2696693	76.220,14	22/10/07

Afirma ter intimado também para apresentar o LRAICMS do exercício de 2008, quanto à infração 03. Aduz que, de posse dos livros e documentos solicitados, excluiu, em relação à infração 01, os créditos considerados indevidos, cujos documentos fiscais que acobertam as suas utilizações, forem devidamente comprovados pelo autuado. Aduz que o autuado apresentou os documentos originais de todas as Notas Fiscais de Entradas, objeto da infração 01, conforme acima relacionadas, que ensejaram seus lançamentos no livro Registro de Entrada e, por conseguinte, a utilização dos créditos fiscais no livro de Apuração do ICMS no que preceitua a legislação.

Observa que, à luz da análise dos documentos apresentados, que todas as cópias acostadas aos autos às fls. 212 a 234, encontram-se em poder da Autuada os documentos originais, o que ao nosso ver, acoberta, do ponto de vista documental, à luz da legislação, totalmente o direito ao uso dos créditos destacados nos documentos.

Conclui, diante dos documentos apresentados, pela inexistência da infração 01.

Alinha que, em relação à infração 03, a partir dos registros dos lançamentos no LRAICMS, xerocopiado pelos atuantes e acostados aos autos às fls. 92 a 115, desenvolveu um novo Demonstrativo de Conta Corrente Fiscal (Planilha-01) do autuado para o exercício de 2008, período objeto da Infração-03.

Assegura que no demonstrativo citado (fls. 261/272) são destacou, de um lado, o ICMS normal dia 09 e ICMS Desenvolve lançados pela Autuada no LRAICMS; por outro lado, são destacados o ICMS normal dia 09 e o ICMS Desenvolve calculados, em seu entendimento, quanto à observação das prerrogativas instituídas pela Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve (fl. 195), que habilita a Autuada aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Economia do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Informa que o cotejamento de todos os valores lançados no Demonstrativo de Conta Corrente Fiscal para todo o período da autuação, permitindo gerar o Demonstrativo Comparativo de Apuração do ICMS normal dia 09 e ICMS Desenvolve, onde é comparado o valor calculado pela Autuada com o valor calculado à luz em seu entendimento das prerrogativas instituídas na Resolução (fl. 195) que habilita a autuada ao programa Desenvolve.

Afirma que se pode ver as diferenças a recolher de ICMS normal dia 09 para alguns meses do exercício de 2008. Essas diferenças decorrem de erro de interpretação da Autuada na apuração da base de cálculo dos valores de ICMS incentivado. Erros tipo: considerar na base de cálculo valores de Débito do ICMS decorrentes transferência de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros (CFOP-6152). O Art. 01 da Resolução que habilita a autuada ao Programa Desenvolve é clara: “*Considerar habilitado ao Programa [...] o projeto de implantação da [...] para produzir filmes liso termoencolhíveis, filmes tubulares lisos, filmes impressos até 6 cores, sacarias lisas e sacarias impressas até 6 cores*”

Consigna que a autuada em momento nenhum da Apuração da base de cálculo do ICMS Incentivado pelo Programa DESENVOLVE, pode considerar ICMS por saídas com débito do imposto relativo a operações de vendas de mercadorias oriundas de Terceiros. A autuada, na Apuração da Base de Cálculo do ICMS Incentivado pelo Programa DESENVOLVE, só pode considerar ICMS por saídas com débito do imposto relativo a operações de vendas de mercadorias oriundas de produção do próprio estabelecimento incentivado. Esses erros aconteceram nos meses de abril, maio, junho, julho, outubro, novembro e dezembro de 2008.

Aduz que outros itens de débito e crédito de ICMS foram considerados na apuração da base de cálculo do ICMS incentivado pela autuada, que à luz do seu entendimento, salvo melhor juízo, não poderiam ter sido contemplados. Esses itens são: “Entrada Mercadoria ou Bem Rec p/Demonstr. (CFOP-1912); Entrada Doação Bonificação ou Brinde (CFOP-2910); Compra Mat Consumo (CFOP-1556). Esses erros aconteceram nos meses de fevereiro, março e abril de 2008”.

Afirma que todos esses valores foram expurgados da Apuração da Base de Cálculo do ICMS Incentivado pelo Programa DESENVOLVE, conforme se pode observar nos Demonstrativos de Conta Corrente Fiscal (Planilha 01) acostados aos autos às fls. 261/272. Com isso, à luz do seu entendimento, o demonstrativo de débito da Infração 03 está assim constituído:

Demonstrativo de Débito – Infração 03		
Data Ocorr	Data Vencto	Vlr Historico
30/04/2008	09/05/2008	89.717,76
31/05/2008	09/06/2008	321.142,83
30/06/2008	09/07/2008	282.913,58
31/07/2008	09/08/2008	149.297,99
31/08/2008	09/19/2008	16.230,52
31/10/2008	09/11/2008	126.577,58
30/11/2008	09/12/2008	183.853,52
31/12/2008	09/01/2009	70.466,59
Total da Infração 03		1.240.200,37

Observa que o demonstrativo de débito da Infração 03, acima apresentado, difere do demonstrativo elaborado pelos autuantes, à fl. 02, referendado pelos papéis de trabalho acostados aos autos às fls.27/28.

Entende que em que pese ser procedente as argumentações dos autuantes no enquadramento e caracterização da Infração 03, foi cometido um engano na composição do demonstrativo de débito (fl. 02), já que os mesmos juntaram em uma única infração fatos geradores diferentes.

Afirma, em relação à planilha (fl. 28), elaborada pelos autuantes que dão sustentação à Infração 03, que os valores apontados no demonstrativo de débito (fl. 02) da Infração 03 decorre do somatório das colunas “*ICMS a Menor*” e “*ICMS Dilatado*”. Entende que a coluna “*ICMS a Menor*” corresponde aos valores do ICMS não Incentivado, caracterizado como ICMS Normal. A coluna “*ICMS dilatado*” corresponde ao ICMS Incentivado na forma da Resolução (fl. 195) expedida pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE em que autoriza 72 (setenta e dois) meses para seu pagamento.

Alinha que deflui daí a divergência na composição do Demonstrativo de Débito da Infração 03 apurado por este trabalho de diligência R\$1.240.200,37 e o apurado pelos autuantes R\$1.797.073,45. Ademais, continua o diligente, além da ocorrência explicitada no parágrafo anterior, os Autuantes na elaboração da Planilha (fls. 27/28) consideraram valores, na composição da Base de Cálculo do ICMS Incentivado, valores que, à luz de seu entendimento, não devem ser considerados tipo: Entrada Merc ou Bem Rec p/Demonstr (CFOP-1912); Entrada Doação Bonificação ou Brinde (CFOP-2910); Compra Mat Consumo (CFOP-1556). Esses valores podem ser observados pelo cotejamento entre as Planilhas (fls. 261/272) elaboradas por esse trabalho de diligência e as Planilhas (fls.27/28) elaboradas pelos autuantes.

Conclui, em relação à Infração 01, que foram apresentados todos os documentos que acobertaram os créditos considerados indevidos pelos Autuantes; quanto a Infração 03, em conformidade com a Planilha 02 (fl.260) e a Planilha 01 (fls.261/272), vê-se uma apuração de débito de imposto no montante de R\$1.240.200,37.

O autuado, científica da diligência, às fls. 276 e 277, se manifesta mais uma vez nos autos, repetindo literalmente as argüições da defesa inicial, não atacando o parecer da ASTEC/CONSEF.

VOTO

O lançamento de ofício traz a imputação de 04 infrações concernentes ao ICMS, ora impugnadas pelo sujeito passivo.

A infração 01 traz a imputação de utilização a mais crédito fiscal de ICMS sem comprovante documento comprobatório do direito ao referido crédito fiscal. O autuado apresenta as notas fiscais não acolhidas pelo autuante, sob a alegação de que as mesmas são cópias não são os originais. A diligência solicitada a ASTEC/CONSEF, após ter acesso aos originais das aludidas notas fiscais, conclui que as mesmas amparam os créditos fiscais lançados pelo sujeito passivo, restando, por conseguinte, a improcedência da infalação 01.

A infração 02 trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente. No presente caso o autuado considera irregular o cancelamento tendo em vista que as notas fiscais foram destinadas ao Piauí e ao Ceará, contudo não anexas às aludidas notas para confirmar tais acusações, tendo em vista, segundo suas palavras: “... na verdade, as Notas Fiscais foram efetivamente emitidas e tiveram curso para os estados do Piauí e Ceará como provam os documentos do CFAMT pagina 38 do PAF. Infelizmente, por inoperância do Sistema CFAMT na atualidade, não foi possível anexar ao presente PAF as referidas Notas Fiscais e o Contribuinte não juntou ao processo as outras vias das Notas Fiscais canceladas.”.

Assim, sem a apresentação das notas e diante da impossibilidade de apresentá-las, que se constituem na prova material das alegações do autuante de que as mesmas foram indevidamente canceladas, conforme a palavras do autuante, não pode prosperar a presente exigência fiscal.

Diante do exposto, não cabe a manutenção da infalação 02.

A infração 03 traz a imputação de recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilatação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, de acordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu

pagamento. Consta que o sujeito passivo utilizou indevidamente na apuração mensal do saldo devedor pala transferência de mercadoria adquirida de terceiros, ferindo o princípio do benefício fiscal já mencionado.

Diante das alegações do autuado de que foram incluídos o seu faturamento, cometendo o equívoco em sua exigência, produtos acabados que não poderiam ser desconsiderados no âmbito do Projeto DESENVOLVE, conforme detalha em sua defesa, às fls. 203 e 204 dos autos, foi solicitado diligência A ASTEC/CONSEF, para apurar se, efetivamente, os autuantes cometeram o equívoco de alcançar, em sua exigência, produtos acabados que não poderiam ser desconsiderados no âmbito do Projeto DESENVOLVE, conforme detalha o autuado em sua defesa, às fls. 203 e 204 dos autos, e excluir dessa exigência tais produtos que não se referirem à transferência de mercadorias adquiridas de terceiros, alvo da infração em questão.

O diligente apresente seu parecer afirmando que a autuada só pode considerar ICMS por saídas com débito do imposto relativo a operações de vendas de mercadorias oriundas de produção do próprio do estabelecimento incentivado e esses erros aconteceram nos meses de abril, maio, junho, julho, outubro, novembro e dezembro de 2008.

Aduz que outros itens de débito e crédito de ICMS foram considerados na Apuração da Base de Cálculo do ICMS incentivado pela autuada, que não poderiam ter sido contemplados. Esses itens são: Entrada Merc ou Bem Rec p/Demonstr (CFOP-1912); Entrada Doação Bonificação ou Brinde (CFOP-2910); Compra Mat Consumo (CFOP-1556). Esses erros aconteceram nos meses de fevereiro, março e abril de 2008.

Afirma que todos esses valores foram expurgados da Apuração da Base de Cálculo do ICMS Incentivado pelo Programa DESENVOLVE, conforme se pode observar nos Demonstrativos de Conta Corrente Fiscal (Planilha 01) acostados aos autos às fls. 261/272. Com isso, à luz do seu entendimento, o demonstrativo de débito da Infração 03 está assim constituído:

Demonstrativo de Débito – Infração 03		
Data Ocorr	Data Vencto	Vlr Histórico
30/04/2008	09/05/2008	89.717,76
31/05/2008	09/06/2008	321.142,83
30/06/2008	09/07/2008	282.913,58
31/07/2008	09/08/2008	149.297,99
31/08/2008	09/19/2008	16.230,52
31/10/2008	09/11/2008	126.577,58
30/11/2008	09/12/2008	183.853,52
31/12/2008	09/01/2009	70.466,59
Total da Infração 03		1.240.200,37

Cabe razão ao diligente ao expurgar os valores que não foram alvo do incentivo do DESENVOLVE, bem como afirma, em relação à planilha (fl. 28) elaborada pelos Autuantes que dão sustentação à Infração 03, que os valores apontados no Demonstrativo de Débito (fl. 02) da Infração 03 decorre do somatório das Colunas “ICMS a Menor” e “ICMS Dilatado”. Entende, acertadamente, que a coluna “ICMS a Menor” corresponde aos valores do ICMS não incentivado, caracterizado como ICMS Normal. A coluna “ICMS Dilatado” corresponde ao ICMS incentivado na forma da Resolução (fl. 195) expedida pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE em que autoriza 72 (setenta e dois) meses para seu pagamento. Daí a divergência na composição do Demonstrativo de Débito da Infração 03 apurado por este trabalho de diligência R\$1.240.200,37 e o apurado pelos Autuantes R\$1.797.073,45.

Após o trabalho efetuado pelo diligente, que não foram contestados na manifestação posterior do autuado, momento em que se limitou a reproduzir os termos da defesa inicial, considero sanadas as irregularidades encontradas na autuação, quanto às alegações do autuado, inclusive de que fora incluído todo o seu faturamento na presente exigência fiscal ou mesmo de que efetuou a exigência em relação a produtos acabados, contemplados pelo benefício do DESENVOLVE, vez que não consta nas planilhas apresentadas pelo diligente tais exigências, indicando o diligente em sua planilha as operações próprias do autuado, alvo da dilação do prazo, demonstrando o que remanesceu sem direito a dilação e as operações de terceiros, sob o código “6152_Transf Merc Adq ou Rec Terc”, não submetidas à aludida dilação. Assim, verifico que não foi reclamada a totalidade do exercício e sim nos meses específicos em que o autuado recolheu a menos, conforme se observa da planilha e parecer aposentados pelo representante da ASTEC/CONSEF.

Diante do exposto, fica mantida parcialmente a infração 03, em conformidade com os valores apurados pelo diligente e a planilha acima referida, no valor de R\$ 1.240.200,37.

Quanto à infração 04, o autuado apesar de alegar que o fornecimento de alimentação foi efetuado por empresa enquadrada no Simples Nacional, não indicou qual o dispositivo legal, constante do RICMS/BA, que dispensa o seu recolhimento do imposto diferido para as entradas das refeições em seu estabelecimento, conforme determina o art. 343, XVIII do RICMS/BA.

Art. 343. É diferido o lançamento do ICMS incidente:

...

XVIII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente;

O aludido dispositivo regulamentar determina que nos fornecimentos a qualquer estabelecimento desse Estado, sem trazer exceções de fornecedores. Assim, considero mantida a infração 04.

O autuado não está dispensado de efetuar o pagamento do imposto diferido, relativo ao fornecimento das refeições por empresa enquadrada no SIMPLES NACIONAL, para alimentação de seus empregados.

Diante do exposto, voto na PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108580.0910/09-0**, lavrado contra **REEMPLARI EMBLAGENS PLÁSTICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.305.652,34**, acrescido das multas 60% sobre R\$65.451,97 e de 100% sobre R\$1.240.200,37, previstas no art.42, incisos II, “f”, III, IV “j”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE
ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR
ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR