

A. I. N.^º - 130610.0101/10-4
AUTUADO - PLÁSTICOS NOVEL DO NORDESTE S/A
AUTUANTE - EDMUNDO NEVES DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 17.06.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0162-04/11

EMENTA: ICMS. BAHIAPLAST/DESENVOLVE. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA.

Crédito fiscal presumido de ICMS, previsto pelo Programa Bahiaplast, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher. Infração reconhecida. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS.

Erro na aplicação da alíquota nas operações de saídas para empresas do regime normal de tributação como se fossem microempresas e EPPs. Infrações 02 e 04 caracterizadas. Valores reduzidos em face de diligência da ASTEC. **c)** Uso indevido de incentivo do DESENVOLVE relativo às operações próprias, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido. Valor reduzido em face de diligência fiscal efetuada pela ASTEC. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**.

Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe exige ICMS no valor de R\$ 186.622,40, em razão das seguintes infrações:

Infração 01: Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, previsto pelo Programa Bahiaplast, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher. Valor: R\$ 7.583,41. Período abril 2006. Multa 60%;

Infração 02: Recolheu a menor ICMS no valor de R\$ 12.250,06 em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período: janeiro a dezembro 2006. Multa 60%;

Infração 03: Recolhimento a menor de ICMS no valor de R\$ 161.029,87 em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo 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. Período: janeiro, março, abril e junho de 2007. Multa de 100%;

Infração 04: Recolheu a menor o ICMS no valor de R\$ 5.759,06 em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Às fls. 139/156, o contribuinte impugna o Auto de Infração argumentando o seguinte:

Infração 01:

Reconhece o cometimento da infração cujo valor resulta da utilização indevida de créditos resultantes de operações com CFOP 6102, mas, conforme a própria planilha elaborada pelo autuante, nos demais meses de 2006, deixou de utilizar como crédito presumido legítimo o montante de R\$ 39.064,06, com o que ainda tem a seu favor um crédito de R\$ 14.703,23, como soma de créditos não utilizados em meses anteriores (janeiro, fevereiro e março) ao do lançamento, valores estes levantados pelo próprio autuante.

Entende que quando há indébito tributário, para que possa utilizá-lo há que suscitar processo administrativo específico, mas que não é o caso em questão. Não se trata de imposto pago a maior posterior ao lançamento, mas de créditos anteriores ao lançamento, sendo coerente o “refazimento” da apuração em questão, transportando os créditos para o exercício seguinte.

Transcreve o art. 25, III, da Lei nº 7.014/96, que entende subsidiar sua percepção, pois não se trata de compensação, mas de um recálculo dos créditos para apurar o imposto devido.

Infração 02:

Reconhece a procedência de parte da infração, pois constatou que algumas empresas destinatárias das mercadorias eram efetivamente empresas do SIMPLES quando ocorrido o fato gerador. Identifica tais empresas pelo CNPJ com o respectivo ICMS destacado e lançado no AI, para dizer que dos R\$ 12.250,06 autuados, R\$ 10.422,95 são indevidos, reconhecendo como devida a diferença.

Infração 03:

Alega improcedência da infração por dois motivos: 1 – O autuante desconsiderou dois DAEs pagos nos valores de R\$ 20.000,00 e R\$ 62.464,13, nos meses de março e abril de 2007, respectivamente; 2 – O autuante desconsiderou em dois meses específicos as operações resguardadas pelo CFOP 5101 como passível de incentivo fiscal, mas que se referem a operações de venda de mercadorias de fabricação própria dentro do estado que estão albergadas para incentivo fiscal pela sua Resolução do Programa DESENVOLVE. Diz que os DAEs não considerados elidem as ocorrências de 31/03/2007 (R\$ 21.895,40) e 30/04/2007 (R\$ 54.200,24) e a desconsideração das operações com CFOP 5101 nos respectivos meses elidem as ocorrências de 31/01/2007 (R\$ 8.399,06) e 30/06/2007 (R\$ 76.535,17), conforme segue detalhando na peça defensiva.

Infração 04:

Diz que essa infração tem a mesma natureza da infração 02, ou seja, envolve vendas de mercadorias a contribuintes do SIMPLES. Também relaciona as empresas pelo CNPJ, ICMS destacado e autuado, para dizer que do total de R\$ 5.759,06 da infração, R\$ 4.901,85 são indevidos, sendo procedente a diferença.

Por sua vez, o autuante na informação fiscal de fl. 194, afirma o seguinte:

Infração 01:

O autuado a reconhece e, assim, nada tem a discutir.

Infração 02:

Confirma a infração porque os destinatários das notas fiscais relacionadas são empresas normais, conforme consulta ao nosso sistema (consultas anexadas à informação fiscal).

Infração 03:

A empresa tem razão especificamente quando faz alusão aos valores de R\$ 20.000,00 (março 2007) e R\$ 62.464,13 (abril 2007). Diz que as outras alegações são infundadas, pois foram consideradas todas as parcelas permitidas pela legislação;

Às fls. 216 a 228, o contribuinte volta a se manifestar:

Infração 01:

Repisa os argumentos da Defesa;

Infrações 02 e 04:

As trata em conjunto. Ressalta que o dinamismo da inclusão/exclusão de empresas no SIMPLES que se percebe na documentação juntada pelo autuante pode levar o fornecedor ao cometimento de erros, mas lembra que esse não obtém vantagem ao vender com alíquota menor. Mesmo assim, diz que algumas empresas efetivamente estavam no SIMPLES quando ocorreu o fato gerador, exemplificando as empresas com inscrição estadual 099.242.025 e 058.957.727 nos

documentos juntados pelo próprio autuante, destinatárias das NF 48.144 e 44.895, respectivamente, incluídas na exigência fiscal.

Infração 03:

Diz que, acertadamente, o autuante, reconheceu não ter considerado os DAEs que citou na Defesa para os meses de março e abril, não se fazendo necessário maiores esclarecimentos para seus correspondentes itens, porém não reconheceu a desconsideração da venda de produção própria (CFOP 5101) e sua repercussão na infração, pelo que repisa os mesmos argumentos já expostos na peça defensiva inicial.

Pede a improcedência do auto de infração, tendo em vista que: 1) o crédito tributário fora lançado sem considerar os exercícios anteriores ao lançamento, onde houve saldo credor levantado pelo próprio autuante e não transportado para o período subsequente pelo mesmo (infração 01), referente ao crédito presumido estabelecido pelo programa Bahiaplast; 2) houve venda para empresas do Simples com a redução da alíquota de ICMS, de acordo com o estabelecido em lei (infrações 02 e 04), como eventualmente pode ter havido vendas também com a redução para empresas que não são do Simples, como exposto na impugnação; 3) houve pagamento do imposto, regularmente, porém os DAEs não foram considerados pelo autuante (parte da infração 03), porém este acertadamente já reconheceu o equívoco na informação fiscal; 4) houve utilização do benefício do DESENVOLVE para as operações sob a rubrica do CFOP 5101, operações próprias da empresa, e erroneamente desconsideradas para efeitos do benefício fiscal em apenas dois meses: janeiro e junho (parte da infração 03).

Conforme fls. 235 a 237, o PAF foi baixado em diligência à ASTEC para:

“Em relação às Infrações 02 e 04:

1. *Com base nos cadastros dos destinatários das notas fiscais objeto das infrações e relacionados às fls. 6 a 8 e 17-18, verificar a efetiva condição em que estes se enquadram na data da emissão;*
2. *Caso se constate divergência em relação à acusação fiscal, como alega o Impugnante, ajustar os valores exigidos nas infrações, se for o caso;*

Em relação à Infração 03:

1. *Verificar se as operações com CFOP 5101 estão contempladas para o incentivo fiscal previsto na Resolução do Programa DESENVOLVE do autuado. Caso estejam, verificar em que medida repercutem nessa infração, analisando a pertinência da alegação defensiva do autuado a seu respeito;*

Após as providências, se for o caso, deverá ser elaborado novo demonstrativo de débito para as infrações 02, 03 e 04.

O autuado deverá ser cientificado para conhecimento do resultado da diligência com indicação de prazo para, querendo, se pronunciar.

Posteriormente, o PAF deverá ser devolvido ao CONSEF.”

Às fls. 238 a 247, consta o Parecer ASTEC 0006/2010, informando o seguinte:

- a) Que ao desenvolver os trabalhos constatou que os demonstrativos, planilhas e documentos não se constituíam em elementos suficientes para manifestar sobre as inquirições, e intimou o autuado para cumprir a diligência. De posse dos documentos apresentados em função da intimação e, em relação às infrações 02 e 04, elaborou novo demonstrativo de venda a contribuinte normal como se fora microempresa e EPP, nos mesmos moldes do demonstrativo do autuante, ajustando os valores devidos para R\$ 12.157,91 (infração 02) e R\$ 5.225,90 (infração 04);
- b) Agiu do mesmo modo para responder ao questionado em relação à infração 03. Responde que as operações com CFOP 5101 (Venda do estabelecimento dentro do próprio estado) estão contempladas pelo incentivo fiscal previsto na Resolução do DESENVOLVE do autuado, mas

em que pese a isso, o autuante considerou, nos outros meses da apuração do ICMS incentivado, todas as operações com CFOP 5101 como integrantes da base de cálculo incentivada. Efetuada tais considerações, elaborou nova planilha de apuração do ICMS incentivado, nos moldes da feita pelo autuante, corrigida dos erros destacados, ajustando o valor devido na infração 03 para R\$ 1.953,36.

Conforme sua constatação na diligência, resta devido ICMS de: R\$ 12.157,91 (infração 02); R\$ 1.953,36 (infração 03), e; R\$5.225,90 (infração 04).

Intimados para ciência do resultado da diligência, o autuado permaneceu silente e o autuante deu ciência à fl. 278, sem manifestar discordância.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS com relação às seguintes infrações: 01: Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS, previsto pelo Programa Bahiaplast, que depois de estornado constituiu saldo de ICMS a recolher; 02: Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas; 03: Recolhimento a menos de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo 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; 04: Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Expressamente o contribuinte reconhece o cometimento da infração 01 no valor exigido, confirmando tratar-se de créditos resultantes de operações CFOP 6102, indevidamente usados no mês de abril de 2006. Portanto, a infração resta caracterizada e subsistente.

Entretanto, embora reconhecendo o cometimento da infração, o autuado alega não haver necessidade de pagamento do valor exigido, alegando que teria um crédito fiscal maior não aproveitado em período anterior ao da infração que não computou para o cálculo do imposto que recolheu no sistema do programa DESENVOLVE, e que, no entendimento do Impugnante, não se tratando de uma compensação de créditos, não suscitaria outro processo específico. Refuto tal argumento, pois o caso, além de requerer confirmação fiscal, envolve refazimento de escrita fiscal que somente pode ser efetuado mediante prévia autorização da repartição fiscal (art. 101, §3º do RICMS-BA).

As demais infrações consistem de questões de fato que inicialmente não puderam ser esclarecidas pelas manifestações do autuante e autuado. Por deliberação da Junta de Julgamento Fiscal, o PAF foi baixado em diligência à ASTEC que em parecer ofereceu as seguintes informações: Para as infrações 02 e 04, que tratam de vendas com aplicação indevida de alíquota reduzida, o Auditor diligente, em face de documentos fiscais apresentados pelo autuado e consulta ao Cadastro de Contribuintes da SEFAZ, elaborou novos demonstrativos (fls. 243 a 245), assim ajustando seus valores: de R\$12.250,06 para R\$12.157,91 (infração 01); de R\$5.759,06 para R\$5.225,90 (infração 02). Do mesmo modo, para a infração 03 onde a questão a ser dirimida destinou-se a verificar se a Resolução DESENVOLVE do autuado contemplava as operações com CFOP 5101, analisando as ponderações do autuado em relação a possíveis equívocos do levantamento fiscal e ajustar os valores da infração, se fosse o caso, o Auditor diligente, com base nos documentos fiscais vistos na diligência, também produziu novo demonstrativo da infração (fl. 246), ajustando o valor devido de R\$161.029,87 para R\$1.953,36.

Considerando que: a) diligência fiscal confirmou que as operações com CFOP 5101 são de vendas de mercadorias de fabricação própria contempladas pelo art. 1º, II, da Resolução Desenvolve nº 154/2006 (fls. 36-37); b) tanto o autuado como o autuante foram cientificados do resultado da diligência e não apresentaram sobre ele qualquer observação; b) o procedimento fiscal revisor foi efetuado atendendo os preceitos legais; c) não identifico qualquer incorreção no procedimento

revisor do Auditor diligente; tenho as infrações 02, 03 e 04 como caracterizadas e parcialmente subsistentes nos valores ajustados pela diligência fiscal.

Deste modo, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que, em razão dos ajustes efetuados pelo Auditor Fiscal diligente estranho ao feito, passa para o valor de R\$26.920,58, assim distribuído: Infração 01: R\$ 7.583,41, mantendo-se o demonstrativo de débito original; Infração 02: R\$ 12.157,91; Infração 03: R\$ 1.953,36 e infração 04: R\$ 5.225,90, cujos demonstrativos de débito são os elaborados pelo Auditor diligente às fls. 240/1/2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130610.0101/10-4**, lavrado contra **PLÁSTICOS NOVEL DO NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.920,58**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 24.967,22 e 100% sobre R\$ 1.953,36, previstas no art. 42, II, “a” e “f” e IV “j”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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//99, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, alterado pelo Decreto nº. 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 junho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR