

A. I. Nº - 147323.0071/11-9
AUTUADO - PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTES - ANSELMO LEITE BRUM e JAYME GONÇALVES REIS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 19/06/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0125-03/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração subsistente. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Descumprimento de obrigação acessória. Ficou demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado para apresentar os arquivos magnéticos, mas não foi concedido o prazo previsto no art. 708-B do RICMS/BA. Retificado o valor da multa exigida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração não impugnada. b) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não escrituradas. Excluídos os valores relativos às notas fiscais comprovadamente registradas no livro fiscal próprio, ficando reduzido o valor originalmente exigido. 4. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. 6. LIVROS FISCAIS. ESCRITURAÇÃO IRREGULAR. MULTA. Infrações não impugnadas. 7. PROGRAMA DESENVOLVE. a) ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. b) ERRO NO CÁLCULO DA REDUÇÃO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado comprova recolhimento que parte do imposto exigido foi recolhido no prazo regulamentar. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2011, refere-se à exigência de R\$2.404.347,40 de ICMS, acrescido da multa de 60%, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$150.925,88, em decorrência das seguintes infrações:

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 2007 a maio de 2008. Valor do débito: R\$123.877,97. Multa de 60%.

Infração 02: Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, relativamente ao mês de abril de 2008. Exigida multa no valor de R\$128.450,74.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, março e novembro de 2007; janeiro, e dezembro de 2008; fevereiro e maio de 2009, conforme notas fiscais capturadas no sistema CFAMT. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$316,90.

Infração 04: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, março, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2007; março, abril, maio, julho, agosto, setembro e dezembro de 2008; fevereiro, março, abril, julho, agosto e novembro de 2009. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$21.878,24.

Infração 05: Falta de recolhimento do ICMS relativo à substituição tributária por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, relativamente às NFs 226561 e 245638. Valor do débito: R\$1.979,42. Multa de 60%.

Infração 06: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), referente ao mês 12/2011. Multa de R\$140,00.

Infração 07: Escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. Escrituração irregular do livro Registro de Apuração do ICMS referente ao período de 02/2010 a 12/2010, lançando valores de recolhimento no campo outros créditos, quando deveria ser lançado em deduções. Também lançou em outros créditos a parcela dilatada do DESENVOLVE, que também deveria ter sido informada no campo Deduções. Multa de R\$140,00.

Infração 08: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, no período de fevereiro de 2007 a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$2.191.212,89. Multa de 60%.

Infração 09: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE. A empresa calculou a maior o valor da parcela dilatada relativa aos meses 01 e 02/2007, pagando no dia 23/02/2010 e 22/03/2010, respectivamente, considerando o regate de 70%, quando este percentual somente seria aplicável se o recolhimento ocorresse até o dia 20 de cada mês. Após esta data, a redução seria de 35%. Valor do débito: R\$87.277,12. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 208 a 230 do PAF. Inicialmente, ressalta que efetuou o pagamento de parte do crédito tributário exigido no presente Auto de Infração, mais especificamente, dos valores exigidos nas infrações 03, 05, 06 e 07. Para a comprovação dos pagamentos realizados, o impugnante juntou aos autos a cópia do Documento de Arrecadação Estadual – DAE (Doc. 02 – fl. 246 do PAF). Requer seja declarada a extinção definitiva do crédito tributário que foi devidamente quitado, nos termos do artigo 156, I, do CTN.

Quanto à infração 01, o defendente alega que o ICMS está sujeito ao princípio da não cumulatividade previsto na Carta Magna de 1988, ou seja, ele será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores. Transcreve o art. 155, inciso II, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, e diz que em nenhuma outra hipótese o contribuinte poderá ser proibido de utilizar-se dos créditos, o que provocaria um efeito cumulativo. Também reproduz os arts. 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96, dizendo que é assegurando ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de entrada de mercadorias, incluindo também nesta previsão aquelas que destinam ao uso ou consumo do estabelecimento. Salaria que a Lei Estadual nº 7.014/96, com suas alterações,

repete o disposto na Lei Complementar 87/96, deixando para o Regulamento do ICMS/BA a disciplina do regime de compensação do imposto. Entende que a previsão do RICMS não deve prosperar, tendo em vista a flagrante desobediência do Regulamento em relação à Constituição Federal. Diz que as únicas exceções previstas legalmente são as entradas de mercadorias ou utilização de serviços resultantes de operações e prestações isentas ou não tributadas, ou ainda que se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento, o que não se aplica ao caso em tela em qualquer das hipóteses. Afirma que, em síntese, nenhuma outra hipótese jurídica, além da isenção ou da não incidência, poderá restringir os efeitos do princípio da não cumulatividade do ICMS. Quanto a esta matéria, invoca ensinamentos de José Eduardo Soares de Melo em seu estudo sobre “ICMS – CRÉDITO DE BENS DE USO E CONSUMO”. Assegura que, efetuar aquisições de bens, para uso e consumo e, depois, utilizar os correspondentes créditos de ICMS é um direito do contribuinte, que nenhuma lei ordinária estadual pode restringir, sob pena de violação do princípio constitucional da não cumulatividade e do disposto no artigo 155, § 2º, XII, “c”, da Constituição Federal.

Infração 02: O defendente alega que, devido a problemas técnicos, deixou de transmitir os dados, via arquivo magnético, naquele momento, transmitindo-o posteriormente. Caso os julgadores desta Junta de Julgamento Fiscal ainda entendam que houve falha por parte da empresa, à vista do princípio da eventualidade, o autuado requer o julgamento pela improcedência ou ainda o cancelamento ou a redução da multa aplicada, com base no art. 158 do RPAF/99, considerando que em nenhum momento houve o descumprimento da obrigação principal que é o pagamento do imposto.

O defendente apresenta o entendimento de que inexistente motivação para a aplicação de multa tão gravosa à empresa que sempre agiu de acordo com o previsto nas legislações em vigor, ainda mais neste caso em que inexistente prejuízo ao fisco, assegurando que em nenhum momento deixou de cumprir com as suas obrigações para com o pagamento do imposto. No que tange ao lançamento das informações no sistema relativas ao período de abril/2008, diz que, apesar de não disponibilizados em tempo hábil ao Fisco, esses dados foram corretamente lançados no sistema, conforme se prova com a cópia do protocolo do SINTEGRA, que segue anexo a defesa. (Doc. 03). Pede que seja aplicado o disposto no art. 158 do RPAF, citando também o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96. Entende que nada impede que esta JJF, através de criteriosa decisão, reduza ou mesmo cancele a multa aplicada nesta infração, como assim já o fez em situações semelhantes, conforme ementa que transcreveu.

O defendente reafirma que sempre cumpriu suas obrigações fiscais, principal e acessórias e diz que está demonstrada a ausência de dolo, fraude ou simulação, bem como, provada a efetiva entrega do arquivo magnético, conforme o comprovante de envio, e que deve ser aplicado ao presente caso o quanto disposto nos artigos 42, § 7º, da Lei n.º 7.014/96 e 158 do RPAF/BA.

Infração 04: Alega que os autuantes se equivocaram nesta infração, tendo em vista que de acordo com as cópias das notas fiscais e dos livros anexados aos autos, houve a escrituração fiscal das mercadorias no livro competente para este fim.

O defendente informa que ao revisar todo procedimento realizado nos exercícios de 2007, 2008 e 2009, período objeto da autuação, em confronto com os demonstrativos apresentados pela fiscalização, constatou os equívocos que indicou nas razões de defesa, sendo estes os únicos responsáveis pelas divergências que levaram à falsa impressão de erro na entrada de mercadorias, no estabelecimento, sem o devido registro fiscal. Diz que ficou evidente a fragilidade desta infração, tendo em vista a comprovação do registro das notas fiscais no livro fiscal competente, não devendo prosperar a acusação de que o impugnante infringiu o que dispõe o artigo 322, incisos e parágrafos do RICMS, como alegam os autuantes. Requer a realização de perícia técnica, por auditor estranho ao feito, para que possa auxiliar os nobres julgadores, na elucidação dos fatos técnicos.

Infração 08: Inicialmente, esclarece que a Papaiz do Nordeste Indústria e Comércio Ltda. foi habilitada ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, através da Resolução nº 56/2004, alterada pelas Resoluções de números 71/2005 e 86/2006. Informa que a empresa impugnante tem por objetivo a exploração da indústria e comércio, importação e exportação de artefatos de metais, em suas diferentes modalidades e sistemas, também no ramo da metalurgia, com a industrialização e comercialização de vergalhões, perfis, barras de latão, acessórios para esquadria de alumínio, madeira e PVC. Diz que possui ainda como objeto social a fabricação de puxadores para portas de vidro; grades de alumínio; telas mosquiteiras; apoios para banheiro; guarda-sóis; esquadrias de alumínio; palhetas de alumínio; trefilados de latão; artefatos forjados, fundidos ou usinados de latão; prestação de serviços de industrialização e afins, a representação por conta própria ou de terceiros no País ou no exterior, bem como, participação em outras empresas como sócia ou acionista, no País ou no exterior.

Em seguida o defendente descreve a sua atividade no momento da fabricação de seu produto, fala sobre o envio da sucata e o seu retorno para reaproveitamento. Informa que fabrica cadeados, fechaduras, dentre outros produtos, de diversos tamanhos a partir de trefilados ou barras de latão. Em consequência do processo de industrialização desses produtos, resultam aparas dos trefilados ou barras de latão, que constituem raspas da matéria prima. Essas sobras de matéria prima são consideradas sucatas, tendo em vista não terem mais serventia caso permaneçam naquele estado. São encaminhadas para uma empresa no Estado de São Paulo, para que se proceda com o processo de fundição de todo este material, para transformá-lo em trefilados ou barras de latão. Salienta que inexistente, no Estado da Bahia, empresa que realize este processo de fundição, fazendo com que a Papaiz do Nordeste desloque toda a sucata para o Estado de São Paulo, procedimento adotado desde que se instalou em Salvador-BA. Transcreve o art. 509, parágrafo § 1º, inciso I do RICMS/97, relativamente ao conceito de sucata, e o artigo 22 do Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, dizendo que de acordo com o referido artigo, os incentivos não incidirão no caso de ser feita remessa, interna e interestadual, de produto para industrialização. Porém, salienta que a remessa realizada é de sucata e a mesma não sofre processo de industrialização. Desse modo, entende que é cabível o cálculo do incentivo fiscal, tendo em vista que a operação de remessa de sucata é vinculada ao projeto incentivado, por não ser processo de industrialização. Diz que o art. 22 do Decreto nº 8.205/2002 não deixou explícito o alcance de sua aplicação às operações de industrialização de matérias primas realizadas em estabelecimento de terceiros, com o fornecimento de mercadorias por parte do autor da encomenda.

O defendente informa, ainda, que em outras fiscalizações anteriores realizadas pela Fazenda do Estado da Bahia, o agora objetado procedimento da Papaiz Nordeste não foi questionado. Pede a exclusão da exigida multa, dizendo que é clara a possibilidade de aplicação do artigo 100, inciso III e parágrafo único do Código Tributário Nacional, no presente caso.

Em relação à imputação de que houve recolhimento a menos do ICMS, devido a erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação prevista pelo programa DESENVOLVE, o autuado alega que em alguns meses do período fiscalizado, recolheu a mais o imposto devido, citando como exemplos, os meses de janeiro, junho, agosto e dezembro de 2007 e maio e novembro de 2008. Diz que em relação ao mês de dezembro de 2007, que, de acordo com o próprio demonstrativo anexado aos autos pelos autuantes, o imposto devido é no valor de R\$ 31.775,34, e foi recolhido pela empresa impugnante o montante de R\$ 78.235,64. Diz que está demonstrada a sua boa fé, porque em alguns meses, recolheu mais do que o devido, o que pode facilmente ser comprovado através de perícia técnica, a ser realizada pela Assessoria Técnica do CONSEF, que requereu. Repete a alegação anteriormente apresentada, de que a empresa não poderia utilizar o benefício do DESENVOLVE se houvesse enviado, para outro estado da Federação, bens para industrialização. Assegura que ocorreu foi a remessa de sucata, acobertada pelo referido benefício.

Infração 09: Informa que de acordo com o próprio demonstrativo, juntado pelos autuantes, qual seja, anexo 7 A, as datas de vencimento para pagamento do benefício DESENVOLVE, eram 23/02/2010 e 22/03/2010, respectivamente. Também informa que, conforme as cópias dos DAE's juntados aos autos, os meses de janeiro e fevereiro de 2007 foram quitados exatamente nas datas referidas. Destaca que as guias de recolhimento orientam o pagamento até os dias em que foram realizados os pagamentos, e este ato de ofício tem presunção de legitimidade e legalidade. Esclarece que as citadas datas constam nos DAE's como data limite para a sua quitação, não podendo, portanto, ser consideradas procedentes as alegações dos autuantes, de que o pagamento foi efetuado fora do prazo. O defendente entende que não pode ser punido por ter observado os prazos alocados em documento emitido pela própria Secretaria da Fazenda, como comprova cópia de DAE's que acostou aos autos (Doc. 09 – fls. 343/344 do PAF).

O defendente prossegue dizendo que deve ser considerado pelos julgadores, caso insistam na manutenção da cobrança das infrações, é que o erário estadual estaria praticando o enriquecimento ilícito. Após transcrever ensinamentos de Agostinho Alvim, De Plácido e Silva e Silvio Rodrigues, sobre o enriquecimento indevido. O defendente afirma que no caso em tela, se o lançamento realizado na presente autuação for mantido em desobediência ao princípio da não cumulatividade, por exemplo, resultará cobrança de imposto sem base legal, por inexistência de fato gerador, permitindo assim o enriquecimento, para o Fisco baiano, sem causa que o justifique, o que não pode ser aceito. Entende que os dispositivos do RICMS/BA citados pelos autuantes nas infrações questionadas, não foram violados em momento algum. Salaria que o julgamento deste Auto de Infração pela procedência em parte, deve ser efetuado, observando os princípios da verdade material e da moralidade administrativa. Entende que, se o julgamento for no sentido de manter a cobrança indevida, estará punindo um contribuinte que sempre agiu dentro da legalidade observando todas as regras impostas pelo RICMS.

O defendente conclui, requerendo que lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidos em direito, especialmente prova pericial técnica, juntada posterior de documentos que se fizerem necessários para a elucidação da lide e, com base no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, insiste na realização de revisão fiscal efetuada pela Assessoria Técnica do CONSEF, sob pena de cerceamento ao direito de defesa nos termos do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988, esperando por fim, que sejam comprovadas todas as razões apresentadas. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 347 a 351 dos autos. Quanto à primeira infração, dizem que a vedação ao crédito fiscal de aquisições com a destinação uso/consumo está prevista na Lei Complementar 87/96 e suas alterações posteriores, que foi invocada pelo autuado. Que nada têm a informar porque a vedação é explícita na legislação estadual.

Infração 02: Informam que em 22/07/2011 o autuado foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos relativos aos meses de abril/2008 e janeiro a junho/2011. Satisfez a intimação com a remessa dos arquivos relativos aos meses de janeiro a junho/2011, não o fazendo em relação ao mês 04/2008, cuja obrigação deveria ter sido cumprida no mês 05/2008. Dizem que o defendente transmitiu o referido arquivo, não apresentado para a SEFAZ, posteriormente à ciência deste Auto de Infração que lhe impõe a multa. Entendem que as condições para cancelamento/redução da multa não foram preenchidas.

Infração 04: Informam que em relação ao exercício de 2007, o defendente comprovou os registros das Notas Fiscais de números 1342, 2525, 4337, 53579 e 53580, que devem ser excluídas da autuação. Quanto às Notas Fiscais 3787, 482160 e 4057 dizem que os mencionados documentos não estão relacionados no anexo 3 (fls 78 e 79). Que em relação à NF 1255, os documentos de fls 264 e 265 dos autos comprovam o não recebimento da mercadoria. Dizem que excluíram os valores das multas referentes às notas que tiveram o registro comprovado, do Anexo 3.

Exercício de 2008: Também excluíram o valor da multa referente às notas que tiveram o registro comprovado, do Anexo 3, mantendo as multas correspondentes aos demais documentos fiscais.

Exercício de 2009: Informam que ficou comprovado o retorno de mercadoria não recebida, objeto da NF 9852, que excluíram o valor da multa do demonstrativo.

Quanto aos documentos anexados às folhas 303 a 337, dizem que os mencionados documentos não são correspondentes aos listados no Anexo 3, razão de não ser acatada a sua exclusão do cálculo. Concluem que o valor final remanescente, após as exclusões, fica em R\$ 10.529,02, conforme totalizado no Anexo 3 – Ajustado.

Infração 08: Dizem que as razões defensivas estão limitadas a querer considerar como incentivada atividade não prevista nas Resoluções que concederam o incentivo Desenvolve para o autuado, e expressamente não admitida no artigo 22 do Decreto 8.205/2002. Salientam que os cálculos não foram objeto de contestação, e apresentam o entendimento que deve ser mantida a exigência fiscal.

Infração 09: Reconhecem que houve falha na aplicação do percentual de rebate. Dizem que em relação ao mês 01/2007, o valor para recolhimento em 20/02/2010 (sábado), que poderia ser realizado até 22/02/2010, uma segunda feira, foi feito no dia 23/02/2010, um dia após. Assim, não faz jus o contribuinte ao rebate de 70% e sim de 35%, conforme estabelecido na Tabela I, Anexa ao Decreto 8.205/2002. Observam que o DAE apresentado pelo autuado no valor de R\$ 33.532,87 (fl. 343), foi calculado com acréscimos moratórios de R\$ 110,66, totalizando R\$ 33.643,53, o que comprova o pagamento intempestivo. Asseguram que o valor exigido no Auto de Infração está incorretamente calculado, pois do valor devido R\$ 83.130,24 deveria ser abatido R\$ 33.532,87, resultando no valor a recolher de **R\$ 49.597,37** e não de R\$ 49.486,71, conforme demonstra o Anexo 7 (fl. 193). Entendem que o valor cobrado deve ser retificado para mais, até porque o valor cobrado para a infração será reduzido pela improcedência da cobrança relativa ao mês 02/2007.

Em relação ao mês 02/2007, informam que o valor devido com a aplicação do rebate correto, foi de R\$ 34.459,18 (Demonstrativo – fl. 196) enquanto o valor recolhido conforme DAE foi de R\$ 37.234,57 (fl. 344). O dia 20/03/2010 foi um sábado e o recolhimento na segunda, dia 22, foi correto. Assim, não há valor remanescente a cobrar, podendo o autuado pedir restituição do valor pago indevidamente a maior.

Quanto ao argumento defensivo referente ao item denominado “Enriquecimento Ilícito”, os autuantes dizem que, por não dizer respeito à autuação, não devem se manifestar.

Finalizam dizendo que o valor cobrado no presente Auto de Infração sofrerá reduções e deverá ser declarado parcialmente procedente, com a exclusão dos valores acatados na informação fiscal.

Intimado da informação fiscal, o defendente se manifestou às fls. 357 a 372 dos autos, alegando que constou a fragilidade deste Auto de Infração, não devendo prosperar a Informação Fiscal apresentada. Inicialmente, ressalta que a empresa autuada, em momento algum cometeu qualquer infração à legislação do ICMS do Estado da Bahia, haja vista que sempre observou as determinações da Secretaria da Fazenda deste Estado.

Quanto à infração 01, mais uma vez, tece comentários acerca do Princípio da Não Cumulatividade previsto na Constituição Federal. Repete as alegações apresentadas na impugnação inicial, dizendo que cerne desta infração encontra-se exatamente na alegação de que o autuado utilizou, indevidamente, crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo. Porém, o defendente entende que a aquisição de bens ou mercadorias para uso, consumo ou ativo permanente do contribuinte não o impede de usufruir, amplamente, do direito de crédito decorrente desta operação. Por isso, alega que agiu de forma correta, observando todos preceitos legais.

Infração 02: Alega que o entendimento apresentado pelos autuantes não deve prosperar, tendo em vista que a empresa autuada honrou com seu compromisso de fornecer informações para a Sefaz. Reconhece que as informações foram prestadas fora do prazo determinado, porém afirma que

não houve inadimplência em relação ao pagamento do imposto devido; a obrigação principal da empresa foi honrada dentro do prazo estipulado por lei. Salienta que a ausência de transmissão de informações para a Sefaz não causou prejuízo ao erário público, devendo este fato ser levado em conta por este Órgão Julgador. Diz que agiu de boa fé e que por motivos operacionais não efetuou, em tempo hábil, a transferência dos dados para a SEFAZ, fazendo-o posteriormente. Pede que seja aplicado o que dispõe o art. 158 do RPAF/BA, bem como o § 7º do art. 42 da Lei n.º 7.014/96.

Infração 04: O defendente informa que devido à comprovação de erro, os autuantes reduziram o valor apurado para o montante de R\$ 10.529,02.

Infração 08: O defendente observa que está regulamentado para usufruir dos benefícios do Programa DESENVOLVE e que não agiu de forma diferente do que preceitua a legislação que permeia o caso. Repete a alegação quanto às sobras de matéria prima que são encaminhadas para uma empresa no Estado de São Paulo, para que proceda ao processo de fundição de todo este material, para transformá-lo em trefilados ou barras de latão novamente. Ressalta, mais uma vez, que inexistente, no Estado da Bahia, empresa que realize este processo de fundição, fazendo com que a Papaiz do Nordeste desloque todas as sobras da matéria prima para o Estado de São Paulo, procedimento adotado desde que se instalou em Salvador-BA. Cita o art. 22 do Decreto nº 8.205/2002, e afirma que faz o envio de aparas de matéria prima e a mesma não sofre processo de industrialização. Por isso, entende que é cabível o cálculo do incentivo fiscal, tendo em vista que a operação de remessa de aparas de matéria prima é vinculada ao projeto incentivado, por não ser, processo de industrialização.

Também repete a alegação de que, em alguns meses do período fiscalizado, recolheu a mais o imposto devido, como por exemplo, os meses de janeiro, junho, agosto e dezembro de 2007 e maio e novembro de 2008, cabendo-lhe restituição do valor pago a mais. Reitera o pedido de realização de perícia técnica, através da Assessoria Técnica do CONSEF.

Infração 09: Diz que os autuantes reconheceram o erro concernente à competência 02/2007 e solicitam que o valor seja excluído do presente Auto. Porém, em relação ao mês 01/2007, os autuantes não acataram as razões de defesa.

O defendente informa que, de acordo com DAE já anexado aos autos, o documento, emitido pela própria SEFAZ, indicava como dia de vencimento o dia 23/02/2012, exatamente o dia em que ocorreu o pagamento. Diante disto, o autuado entende que não pode ser punido por ter observado os prazos alocados em documento emitido pela própria Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, como comprova cópia de DAE's, já acostados nos autos. Afirma que houve equívoco dos autuantes que deixaram de considerar o procedimento correto ao efetuar a fiscalização e cometendo outros deslizes menores, o que acabou por originar as supostas diferenças no recolhimento do imposto. Reitera a alegação de que sempre agiu de boa fé, obedecendo a todas as regras impostas, sempre dentro da legalidade não sendo admissível o julgamento do presente Auto de Infração pela procedência.

Por fim, pede que o presente lançamento seja julgado procedente em parte, com a condenação apenas das infrações que foram reconhecidas e seus valores já recolhidos.

Na sessão do dia 30/05/2012, o contribuinte, por intermédio de seus advogados, Tatiana Viana Gonçalves, Pérola de Abreu Farias Carvalho e José Eduardo Moreira, solicitou o adiamento do julgamento, e que fosse designada nova data de julgamento, diante do manifesto interesse em realizar o acompanhamento e sustentação oral, tendo em vista que ainda não tinha tomado conhecimento da resposta à consulta fiscal acerca da utilização do benefício fiscal, tendo requerido ao CONSEF que fosse adiado o julgamento. Assim, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pelo adiamento do processo, para ser incluído na pauta da sessão seguinte (04/06/2012), independentemente de nova publicação, nos termos dos artigos 66 e 67 do Regimento Interno do CONSEF.

VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada a necessidade de perícia ou diligência pela ASTEC, tendo sido considerados corretos os demonstrativos elaborados pelos autuantes.

No mérito, de acordo com as alegações defensivas, o autuado impugnou somente as infrações 01, 02, 04, 08 e 09, tendo anexado à fl. 246 os autos cópia do DAE referente ao pagamento do débito apurado nas infrações 03, 05, 06 e 07. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

A infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro de 2007 a maio de 2008.

Em relação à utilização de crédito fiscal relativo às aquisições de materiais destinados ao consumo do estabelecimento, de acordo com a redação vigente à época dos fatos, a legislação não previa utilização de crédito fiscal relativo a estes materiais de uso ou consumo do estabelecimento, conforme art. 93, inciso V, alínea “b” do RICMS/97.

O defendente não negou a utilização dos créditos fiscais, tendo alegado que efetuar aquisições de bens para uso e consumo e depois utilizar os correspondentes créditos de ICMS, é um direito do contribuinte, e que nenhuma lei ordinária estadual pode restringir, sob pena de violação do princípio constitucional da não cumulatividade e do disposto no artigo 155, § 2º, XII, “c”, da Constituição Federal.

Observo que os créditos foram considerados indevidos de acordo com o previsto no art. 93, inciso V, alínea “b” do RICMS/97, e não cabe a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Considerando que a legislação vigente à época não previa a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo, concluo pela subsistência deste item da autuação.

Infração 02: Deixou de fornecer arquivo magnético exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, relativamente ao mês de abril de 2008.

O defendente alega que, devido a problemas técnicos, deixou de transmitir os dados, via arquivo magnético, naquele momento, transmitindo-o posteriormente. Reconhece que as informações foram prestadas fora do prazo determinado, porém afirma que não houve inadimplência em relação ao pagamento do imposto devido. Entende que a ausência de transmissão de informações para a Sefaz não causou prejuízo ao erário público, devendo este fato ser levado em conta por este órgão Julgador. Diz que agiu de boa fé e que, por motivos operacionais, não efetuou, em tempo hábil, a transferência dos dados para a SEFAZ, fazendo-o posteriormente. Pede que seja aplicado o que dispõe o art. 158 do RPAF/BA, bem como o § 7º do art. 42 da Lei n.º 7.014/96.

Os autuantes esclarecem que em 22/07/2011 o autuado foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos relativos aos meses de abril/2008 e janeiro a junho/2011. Satisfaz a intimação com a remessa dos arquivos relativos aos meses de janeiro a junho/2011, não o fazendo em relação ao mês 04/2008, cuja obrigação deveria ter sido cumprida no mês 05/2008. Dizem que o defendente transmitiu o referido arquivo não apresentado para a SEFAZ, posteriormente à ciência deste Auto de Infração que lhe impõe a multa.

De acordo com os comprovantes de transmissão de arquivo às fls. 248/249 do PAF, o arquivo magnético referente ao mês de abril de 2008 foi transmitido em 23/01/2012, estando caracterizado que não houve atendimento à intimação, considerando que a autuação fiscal foi efetuada em

27/12/2011. Houve descumprimento da obrigação acessória, haja vista que ficou demonstrado nos autos que o contribuinte foi intimado e não apresentou os arquivos magnéticos.

Observe que a obrigatoriedade de entrega dos arquivos magnéticos ao Fisco, quando o contribuinte é intimado, está prevista no art. 708-B do RICMS/97:

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos. O arquivo magnético deverá ser entregue devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte (inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso), salvo ressalva contida na intimação. (redação vigente à época dos fatos)

Encontra-se à fl. 199 dos autos a intimação por *e-mail* solicitando a apresentação de livros fiscais e documentos fiscais, além de arquivos SINTEGRA relativos ao mês de abril de 2008 e janeiro a julho de 2011, inexistindo qualquer menção ao prazo concedido, e não foi constatada nos autos qualquer outra intimação para entrega de arquivo magnético. Portanto, em relação ao arquivo magnético, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no caput do art. 708-B do RICMS/BA.

Não houve atendimento à intimação, relativamente ao mês de abril de 2008, fato não reconhecido pelo defendente. Entretanto, apesar de o autuado não ter atendido ao pedido de entrega do arquivo magnético, também não foi observado o prazo estabelecido no art. 708-B do RICMS/BA, acima reproduzido.

Neste caso, entendo que não ficou caracterizada a falta de atendimento de intimação na forma prevista no citado art. 708-B, por isso, deve ser aplicada a multa de R\$90,00, indicada no art. 42, inciso XX, alínea “a”, da Lei 7.014/96, relativamente à falta de apresentação do arquivo magnético solicitado.

“Art. 42

(...)

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exhibir livro ou documento, arquivo magnético ou similar (exceto os arquivos contendo o valor das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

a) R\$ 90,00 (noventa reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;

Assim, entendo que é devida a multa estabelecida no art. 42, inciso XX, alínea “a”, da Lei 7.014/96, e não aquela indicada no presente lançamento. Por isso, deve ser alterado o valor exigido para R\$90,00.

Infração 04: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro, março, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2007; março, abril, maio, julho, agosto, setembro e dezembro de 2008; fevereiro, março, abril, julho, agosto e novembro de 2009. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96).

Quanto a esta infração, o defendente contestou a exigência fiscal, juntando aos autos a comprovação dos registros em seus livros fiscais do período, em relação a diversas notas fiscais. Os autuantes refizeram os cálculos e disseram que o valor final remanescente, após as exclusões, fica em R\$ 10.529,02, conforme totalizado no Anexo 3 – Ajustado (fls. 352/353 do PAF).

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defendente não contestou o novo demonstrativo elaborado pelos autuantes, apenas informando que, devido à comprovação de erro, os autuantes reduziram o valor apurado para o montante de R\$ 10.529,02. Portanto, inexistiu controvérsia após a informação fiscal e manifestação apresentada pelo autuado.

Acato as conclusões apresentadas pelos autuantes, tendo em vista que não devem ser exigidos os valores correspondentes às notas fiscais comprovadamente registradas e mercadorias recusadas, ficando reduzido o débito apurado, de acordo com os valores apurados pelos no demonstrativo às fls. 352/353 do PAF. Infração subsistente em parte.

Infração 08: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, no período de fevereiro de 2007 a dezembro de 2010.

O autuado informa que dentre outros produtos, fabrica cadeados e fechaduras de diversos tamanhos, a partir de trefilados ou barras de latão. Diz que em consequência do processo de industrialização desses produtos, resultam aparas dos trefilados ou barras de latão, que constituem rasps da matéria prima. Essas sobras de matéria prima são consideradas como sucata, tendo em vista não terem mais serventia caso permaneçam naquele estado. São encaminhadas para uma empresa no Estado de São Paulo, para que se proceda com o processo de fundição de todo este material, para transformá-lo em trefilados ou barras de latão.

De acordo com o art. 3º do Regulamento do Programa DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

Observo que o art. 3º do mencionado Regulamento do Desenvolve prevê o benefício da dilação do prazo para pagamento do imposto somente em relação às operações próprias, e no art. 22 deste mesmo Regulamento foi estabelecido que, no caso de remessa interna e interestadual para industrialização, os incentivos somente incidirão sobre a parcela produzida no estabelecimento beneficiário, salvo situações excepcionais por deliberação do Conselho.

Na informação fiscal, os autuantes disseram que as razões defensivas estão limitadas a querer considerar como incentivada atividade não prevista nas Resoluções que concederam o incentivo Desenvolve para o autuado, e expressamente não admitida no artigo 22 do Regulamento Desenvolve.

Na descrição dos fatos, consta a informação de que o autuado calculou o incentivo fiscal sem a exclusão de operações não vinculadas ao projeto incentivado, notadamente as operações de industrialização feita por terceiros. Por isso, foi elaborado o demonstrativo de apuração mensal do incentivo fiscal Desenvolve, constando os débitos por participação das industrializações efetuadas por terceiros.

Observo que embora o autuado tenha afirmado que a sucata remetida não sofre processo de industrialização, também disse que a sucata remetida para outro estado da Federação, foi submetida a um processo de transformação em barras de latão para os cadeados.

Vale salientar, que de acordo com o § 5º do art. 2º do RICMS/BA, consideram-se produtos industrializados aqueles decorrentes de operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto. Portanto, os produtos que tenham sido

submetidos a recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, montagem, lavagem, secagem, tingimento, corte, recorte, polimento, plastificação devem ser considerados produtos industrializados.

O autuado apresentou requerimento ao CONSEF, solicitando adiamento do julgamento, que estava previsto para o dia 30/05/2012, e que fosse designada nova data de julgamento, diante do manifesto interesse em realizar o acompanhamento e sustentação oral, tendo em vista que ainda não tinha tomado conhecimento da resposta à consulta fiscal acerca da utilização do benefício fiscal.

Quanto à mencionada consulta efetuada após a lavratura do presente Auto de Infração, consta no Sistema de Controle de Pareceres Tributários desta SEFAZ, que a Administração Tributária não pode se manifestar a respeito da matéria objeto de Auto de Infração em fase de julgamento no âmbito do CONSEF, nos termos do art. 61 do RPAF/BA. Foi recomendado ao contribuinte que aguarde a decisão do CONSEF para, em havendo necessidade, formular nova Consulta. Portanto, a consulta alegada pelo defendente não traz qualquer impedimento para que se decida o mérito da autuação no presente PAF.

Entendo que não assiste razão ao defendente quanto ao argumento de que não houve industrialização dos produtos enviados para outro estado da Federação, estando comprovado o acerto do levantamento fiscal, haja vista que o art. 3º do Regulamento do Desenvolve prevê o benefício da dilação do prazo para pagamento do imposto somente em relação às operações próprias, exceto em situações excepcionais, por deliberação do Conselho Deliberativo do Desenvolve. Assim, concluo pela procedência deste item da autuação fiscal.

Quanto a possíveis recolhimentos efetuados a mais, observo que nesta fase processual não cabe fazer a compensação pretendida pelo defendente, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou apresentar pedido de restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96.

Infração 09: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE. A empresa calculou a maior o valor da parcela dilatada relativa aos meses 01 e 02/2007, pagando no dia 23/02/2010 e 22/03/2010, respectivamente, considerando o regate de 70%, quando este percentual somente seria aplicável se o recolhimento ocorresse até o dia 20 de cada mês. Após esta data, a redução seria de 35%.

O defendente não contestou os cálculos e alegou que de acordo com o próprio demonstrativo elaborado pelos autuantes, Anexo 7 A, a data de vencimento, para pagamento do benefício DESENVOLVE, era dia 23/02/2010 e 22/03/2010, respectivamente. Também informa que, conforme as cópias dos DAE's juntados aos autos, os meses de janeiro e fevereiro de 2007 foram quitados exatamente nas datas referidas acima.

Na informação fiscal, os autuantes esclarecem que em relação ao mês 01/2007, o valor para recolhimento em 20/02/2010 (sábado), que poderia ser realizado até 22/02/2010, uma segunda feira, foi feito no dia 23/02/2010, um dia após. Assim, não faz jus o contribuinte ao rebate de 70% e sim de 35%, conforme estabelecido na Tabela I, Anexa ao Decreto 8.205/2002. Observam que o DAE apresentado pelo autuado no valor de R\$ 33.532,87 (fl. 343), foi calculado com a inclusão de R\$ 110,66 a título de acréscimos moratórios, totalizando R\$ 33.643,53, o que comprova o pagamento intempestivo. Asseguram que o valor exigido no Auto de Infração está incorretamente calculado, pois do valor devido R\$ 83.130,24 deveria ser deduzidos R\$ 33.532,87, resultando no valor a recolher de **R\$ 49.597,37** e não de R\$ 49.486,71, conforme demonstra o Anexo 7 (fl. 193). Entendem que o valor cobrado deve ser retificado para mais, até porque o valor cobrado para a infração será reduzido pela improcedência da cobrança relativa ao mês 02/2007.

Em relação ao mês 02/2007, informam que o valor devido com a aplicação do rebate correto, foi de R\$ 34.459,18 (Demonstrativo – fl. 196) enquanto o valor recolhido conforme DAE foi de R\$

37.234,57 (fl. 344). O dia 20/03/2010 foi um sábado e o recolhimento na segunda, dia 22, foi correto. Assim, não há valor remanescente a cobrar, podendo o autuado pedir restituição do valor pago indevidamente a maior.

Quanto ao recolhimento referente ao mês de janeiro de 2007, entendo que assiste razão aos autuantes, tendo em vista que no DAE apresentado pelo defendente à fl. 343 consta o valor de R\$ 110,66 a título de acréscimos moratórios, o que significa que o referido Documento de Arrecadação foi emitido para pagamento após a data de vencimento da obrigação tributária, que foi 20/02/2007, indicada no campo 02 do próprio DAE. Após a data indicada para recolhimento do imposto o débito é recalculado e emitido outro DAE com nova data para pagamento, e esta informação consta no próprio Documento de Arrecadação.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, no valor de R\$49.597,37, considerando a retificação efetuada pelos autuantes em relação ao valor originalmente apurado.

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

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	123.877,97	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	-	90,00
03	PROCEDENTE	-	316,90
04	PROCEDENTE EM PARTE	-	10.529,02
05	PROCEDENTE	1.979,42	-
06	PROCEDENTE	-	140,00
07	PROCEDENTE	-	140,00
08	PROCEDENTE	2.191.212,89	-
09	PROCEDENTE EM PARTE	49.597,37	-
TOTAL	-	2.366.667,65	11.215,92

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 147323.0071/11-9, lavrado contra **PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.366.667,65**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$11.215,92**, prevista no art. 42, incisos IX; XI; XVIII, “b” e “c”; XX, “a”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA