

.A. I. Nº - 206955.0012/11-5
AUTUADO - UNIGEL PLÁSTICOS S/A.
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 04.12.2012

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0277-01/12

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. DRAWBACK. ISENÇÃO NÃO CARACTERIZADA. Importação de mercadoria do exterior sem recolhimento do imposto devido na operação, ao abrigo indevido do regime de drawback, vez que as respectivas exportações foram efetuadas por terceiros (filial do importador, localizada no Estado de São Paulo), em desacordo com a legislação, que condiciona o benefício à exportação pelo próprio “*importador*”, nos termos do artigo 28, c/c art. 575, RICMS/BA (Convênio ICMS 27/90). Por deduções óbvias, fez referência ao exportador sediado na Bahia, seja pelo alcance das normas regulamentares e porque faltaria competência ao legislador baiano exarar determinações para contribuintes sediados em outros Estados. Ademais, é vedado o benefício da isenção nas operações nas quais participem estabelecimentos localizados em unidades de Federação distintas (art. 576, parágrafo único, RICMS BA). Base de cálculo alterada para exclusão das parcelas dos tributos federais incidentes na operação de *drawback*, beneficiadas com a suspensão e que, confirmada a exportação, não foram recolhidas. Infração parcialmente caracterizada. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXPORTAÇÃO NÃO COMPROVADA. Os Registros de Exportação (RE) acostados aos autos foram emitidos pela filial do autuado, localizada no Estado de São Paulo e cujas mercadorias exportadas são oriundas de outro estabelecimento do mesmo grupo (INSCRIÇÃO ESTADUAL nº 74.082.797), sem qualquer vinculação com as notas fiscais exigidas nos autos. Infração subsistente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Apurada diferença nos estoques de matéria prima, produto acabado e filme polietileno armazenados em galpão de terceiro, autorizado pelo Parecer GECOT nº 16.073/2007. O autuado apresenta notas fiscais comprovando parcela das saídas; o estoque em poder de terceiros não resta provado através dos relatórios de controle interno e porque não estava registrado no Livro de Inventário. Infração subsistente em parte. 4. RECOLHIMENTO A MENOS. TRANSFERÊNCIA INTERESTADUAL ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA COM PREÇO INFERIOR AO CUSTO DE PRODUÇÃO. Infração não impugnada. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÃO SERVIÇOS DE TRANSPORTES. FALTA DE

RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO PELO TOMADOR DOS SERVIÇOS. O tomador do serviço, quando inscrito na condição de contribuinte normal, na condição de contribuinte substituto deve efetuar a retenção e recolhimento do tributo relativo às prestações de serviços interestaduais e intermunicipais de transporte, nas prestações sucessivas desses serviços, acorde os artigos 380, II e 382, I RICMS/BA. Infração reconhecida. 6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração reconhecida. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Infração nula por desatenção ao previsto no § 2º do art. 39 do RPAF/BA. Negado o pedido de revisão fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/02/2012, para reclamar ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$953.025,26, através das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher ICMS devido na importação de mercadorias com isenção de imposto sob o regime de drawback na modalidade suspensão com as respectivas exportações efetuadas por terceiros, em desacordo com a legislação, que condiciona o benefício à exportação pelo próprio importador. A empresa não comprovou a exportação dos produtos acabados. Apresentou baixa do ato concessório com a exportação dos produtos acabados exportados pela sua filial localizada no Estado de São Paulo infringido as regras dos benefícios do DRAWBACK, que condiciona a exportação pelo próprio importador. Em anexo ao PAF consta cópia da baixa do ATO CONCESSÓRIO, cópia da DI, relação das RE e os DANFE s de emissão da filial de São Paulo. Valor R\$347.797,82 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas internas de mercadorias para consumidores finais, ditos residentes no exterior, como se fossem exportações. As notas fiscais relacionadas na planilha em anexo ao PAF foram emitidas diretamente para o Importador no exterior pela Empresa que está sendo autuada e que está cadastrada no Estado da Bahia sob o número 48.581.446. Não consta de nenhum REGISTRO DE EXPORTAÇÃO o número do CNPJ da Empresa que emitiu as notas fiscais como também não foi registrada no SISCOMEX a nota fiscal emitida pela Insc. Estadual nº 48.581.446. As RE foram emitidas pela filial localizada no Estado de São Paulo - CNPJ: 02.402.478/0005-05, sendo que no seu conteúdo consta que as notas fiscais de exportação são oriundas da Empresa do grupo UNIGEL - CNPJ: 02.402.478/0006-88 - INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº 74.082.797, portanto sem vinculação com a Empresa que está sendo autuada. Valor R\$ 221.481,53 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 3 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. A Empresa remete matéria prima (BISFENOL) e (PRODUTOS ACABADOS), para a PROQUIGEL (INSC EST: 75.099.799). Verificou-se que os produtos foram remetidos no exercício de 2009, em quantidades maiores que os retornos realizados no mesmo exercício. O saldo existente dos produtos não foi registrado no livro de inventário como produtos em poder de terceiros, o que determina a saída de produtos tributados sem o respectivo recolhimento do ICMS. Foi detectado também que foram remetidos o produto FILME DE POLIETILENO, que não está contemplado no REGIME ESPECIAL, sendo também constatada diferença entre os valores remetidos e o seu retorno. Anexada ao PAF a PLANILHA DE APURAÇÃO DAS DIFERENÇAS ENTRE AS

QUANTIDADES REMETIDAS E AS QUANTIDADES RETORNADAS DOS PRODUTOS, os livros de inventário referentes ao exercício de 2009 e 2010 e cópia do REGIME ESPECIAL. Valor R\$ 128.130,81 – Multa de 70%;

INFRAÇÃO 4 - Efetuou saídas de produtos em transferência para estabelecimento situado em outra unidade da federação, pertencente ao mesmo titular, com preço inferior ao custo de produção. A Empresa realizou transferência de produtos para a sua filial no Estado de São Paulo com valores de transferência inferiores ao custo de produção. Em anexo constam as planilhas produzidas pela Empresa referentes ao faturamento do período e os respectivos custos de produção. Valor R\$ 25.149,86 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 5 - Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. A Empresa deixou de proceder à retenção do ICMS e posterior recolhimento do imposto devido por substituição tributária, de acordo com as determinações do Art. 380 do RICMS/BA. Valor R\$ 5.642,12 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 6 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Consta ainda que a empresa utilizou crédito no CIAP, transferindo para o livro de registro de ICMS, na rubrica outros créditos de valores referentes à aquisição de vidros. Este material é considerado uso ou consumo, pois se destina a instalações não podendo integrar o CIAP. Valor R\$ 54.461,77 – Multa de 60%;

INFRAÇÃO 7 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10%: R\$ 170.361,35;

O sujeito Passivo apresenta defesa, fls. 458/470 (volume III), reconhecendo a procedência das exigências relativas às infrações 4 (R\$ 25.149,86) e 5 (R\$ 5.642,12), efetuando os respectivos pagamentos, conforme DAE em anexo (Doc. 03). Alega a improcedência das demais infrações.

Com relação às infrações 1 e 2, explicou que o Regime de Drawback, instituído pelo Decreto Lei nº 37, de 21/11/1966, consiste na suspensão ou isenção de tributos incidentes na importação de insumos, sob a condição de utilização em produto a ser exportado. Assim, o mecanismo funciona como um incentivo às exportações, reduzindo o custo na produção de bens exportáveis, e tornando-os mais competitivos no mercado internacional.

Diz que a suspensão do Drawback visa efetivamente suspender os tributos incidentes na importação de mercadoria a ser utilizada na industrialização do produto a ser exportado, sendo estabelecido, através do art. 575 do RICMS/BA, que o tributo será considerado isento quando as operações de importação de mercadorias estrangeiras ocorrerem sob tal regime. Portanto, o ICMS incidente na importação dos insumos terá a sua exigibilidade suspensa até a exportação dos produtos indicados, quando a suspensão se tornará isenção.

Afirma que em relação à infração 1 foi concedido o regime de Drawback Suspensão, através do citado Ato Concessório nº 20090060628 (Doc.04), que autorizou a importação de 947.564 toneladas do insumo “acetona propanona”, tendo o autuado assumido o compromisso de exportar 830.179,63 toneladas de chapas acrílicas (NCM 39205100) e 584.950 toneladas de resina acrílica (NCM 39061000).

Destacou que o autuado procedeu à exportação de um volume total de 1.415.129,63 de chapas e resinas acrílicas, conforme relação de Registros de Exportação em anexo (Doc. 05), verificando-se, assim, o cumprimento do regime do DRAWBACK pelo autuado, pois houve a exportação dos produtos fabricados com os insumos importados, conforme baixa do ato concessório (DOC. 06).

Esclareceu que apesar da efetiva exportação, o fisco afirma que o autuado descumpriu o regime mencionado ao sustentar que a exportação não foi realizada pelo estabelecimento que procedeu à importação; entendimento que não prospera, pois o fato de a exportação ter sido realizada pelo estabelecimento com inscrição 635.537.761.119 não descharacteriza o cumprimento do DRAWBACK.

Reitera que requereu a habilitação ao regime do DRAWBACK suspensão, procedeu a importação dos insumos para industrialização, conforme nota fiscal nº 1792 (DOC 07); após a fabricação dos produtos com os insumos importados, realizou a transferência do produto final para outro estabelecimento UNIGEL (inscrição estadual nº 635.537.761.119 - DOC. 08).

Ressaltou que destacou o ICMS devido na operação de transferência do produto final (DOC 09).

Na infração 2, alega a exigência do ICMS por suposto registro de operação tributada como não tributada, nas saídas internas de mercadorias para consumidores finais, ditos residentes no exterior, como se fossem exportações.

Diz que também em relação a tais operações, houve a efetiva exportação das mercadorias, conforme se observa dos registros de exportação, requerendo a improcedência da acusação.

Na terceira infração, alega que o levantamento quantitativo de estoque das mercadorias BISFENOL, RESINA ACRÍLICA BENEFICIADA e FILME POLIETILENO CRISTAL, concluiu que a empresa autuada omitiu saídas de 317.921,98 kg. Explica que a fiscalização apurou a base de cálculo, com aplicação do preço, exigindo R\$ 128.130,81 a título de ICMS, por suposta omissão de saídas, reproduzindo o demonstrativo fiscal.

Esclareceu que através do Regime Especial Parecer GECOT nº 16073/2007, o autuado procedeu às saídas de mercadorias com a finalidade de armazenagem no estabelecimento da PROQUIGEL QUÍMICA S/A (CNPJ nº 27.515.154/0011-44); a fiscalização apontou diferença nos estoques de mercadorias que se encontravam em poder de terceiros. Ocorre que as referidas mercadorias retornaram ao estabelecimento autuado, conforme as Notas Fiscais nºs 1899, 2460, 2461, 2504, 2505, 2867, 2903, 2320, 4791, 5800, 5947, 5953, 6270, 6321, 6322, 6329, 6379, 6270, além disso, o estoque se encontrava registrado pela empresa autuada (DOC 10).

Destacou que o levantamento quantitativo de estoque é procedimento regulado pela Portaria 445/98 e cujo art. 3º, inciso I estabelece o caráter abrangente da apuração e que o presente trabalho fiscal não considerou todos os elementos da atividade do autuado, contrariando o dispositivo do art. 936 do RICMS, pois a desconsideração de parte das operações ocasionou distorções que apontaram diferenças em relação aos registros da empresa. Defende que, fossem observadas todas as operações, no levantamento de estoque, não haveria qualquer omissão de saídas, motivo pelo qual deve ser julgado improcedente o lançamento fiscal relativo a esta infração.

No item 6, afirma que as placas de vidros foram utilizadas durante o processo produtivo e não são bens destinados ao consumo. Descreveu a participação das placas no processo produtivo, através do um fluxo de produção, que anexa aos autos (DOC 11).

Esclareceu que o autuado fabrica os termoplásticos acrílicos (PMMA) através da polimerização dos ésteres acrílicos, gerando materiais como as chapas moldadas ou CAST, chapas Extrudadas, tubos, tarugos, filmes e grânulos para moldagem por injeção ou extrusão. Procedeu a uma série de esclarecimentos acerca do seu processo produtivo, concluindo que o aproveitamento dos créditos fiscais é assegurado pela legislação do ICMS.

Com relação à infração 7, diz que com base na análise das notas fiscais listadas no “*Demonstrativo das notas fiscais não localizadas na escrituração_ exercício_2009*”, verifica-se que não houve ausência de escrituração das notas fiscais.

Assevera que parte das notas fiscais destinados ao autuado foi lançada no seu livro Registro de Entrada (DOC. 12), sendo que as demais notas fiscais foram destinadas para o estabelecimento inscrito sob o CNPJ nº 02.402.478/0006-88, mas também escrituradas no Registro de Entrada (DOC. 13). Conclui que também não houve ausência de escrituração das notas fiscais.

Pede cancelamento das exigências 01, 02, 03, 06 e 07, com o arquivamento do Auto de Infração.

A autuante apresenta informação fiscal, fls. 707/724 (Volume III). Argumenta que na infração 01, o autuado infringiu regras contidas no art. 575, II, RICMS BA, que trata do benefício do DRAWBACK,

que condiciona a exportação pelo próprio importador. Confirma que a autuada comprova a importação de propanona com suspensão do ICMS importação, com exportação realizada por sua filial localizada em São Paulo. Diz que em procedimento similar para comprovação de exportação através de filial, localizada também no Estado de São Paulo (acórdão 0030-04/08), a autuação confirmada pelo CONSEF.

Na infração 2, esclarece que as notas fiscais relacionadas na planilha fiscal foram emitidas diretamente para o importador no exterior pela empresa autuada, que tem registro no cadastro de contribuintes do Estado da Bahia sob nº 48.581.446.

Diz que não constam de nenhum registro de exportação o número do CNPJ da empresa que emitiu as notas fiscais, como também não foi registrado no SISCOMEX as notas fiscais emitidas pela inscrição 48.581.446. Os documentos foram emitidos pela filial localizada no Estado de São Paulo (CNPJ 02.402.478/0005-05) e no campo das notas fiscais de exportação consta que os produtos são oriundos da outra empresa do grupo UNIGEL (CNPJ: 02.402.478/0006-88) e inscrição estadual 74.082.797, que não tem vinculação com a empresa autuada. Portanto, não existe comprovação das exportações exigidas no relatório fiscal, uma vez que no SISCOMEX não consta nenhum registro. Mantém na íntegra a infração.

Com relação à terceira infração, diz que a empresa autuada remete matéria prima (BISFENOL) e produtos acabados para a PROQUIGEL (inscrição estadual 75.099.799). Afirma que os produtos foram remetidos, no exercício 2009, em quantidades maiores que os retornos realizados, no mesmo exercício. Diz que os saldos não foram registrados no Livro de Inventário como produtos em poder de terceiros, o que depreende a saída de produtos tributados sem recolhimento de ICMS. Foi ainda detectada a remessa de FILME DE POLIETILENO que não está contemplado no REGIME ESPECIAL e constatada diferença entre os valores remetidos e respectivos retornos.

Explica que o autuado fez remessas de produtos acabados sem destaque do ICMS, para a Empresa do GRUPO UNIGEL S/A, inscrição 75.099.799, com base no Regime Especial (Processo N°: 19144420078 - Parecer N° 16073 2007) e com a finalidade de armazenamento dos produtos. Reproduziu os termos do Regime Especial.

Esclareceu que ao fiscalizar o exercício de 2009, verificou que não havia equilíbrio entre as remessas e os retornos, razão pela qual autuou a empresa como omissão de saídas tributáveis, uma vez que as diferenças apuradas não foram escrituradas no livro de registro de inventário de 31/12/2009. Diz que não localizou no livro Registro de Inventário, anexado ao PAF nas fls. 232 a 333, “materiais em poder de terceiros” e registro do “estoque em poder de terceiros”, observando que o regime especial foi concedido na condição de que a empresa colocasse em prática procedimentos fiscais para o controle fiscal da movimentação dos produtos.

Informa ainda que as notas fiscais de retorno apresentadas constava código de operação “OUTRA SAÍDA NÃO ESPECIFICADA” e argumenta que o Regime Especial GECOT N° 16073/2007 é claro ao estabelecer que os produtos devem retornar com o código de operação de “retorno de mercadorias armazenadas” e, portanto, as remessas deveriam ocorrer da mesma forma.

Reproduz a Auditora Fiscal um demonstrativo de apuração com as quantidades remetidas e as notas fiscais de retorno apresentadas pelo autuado na defesa, explicando que não constam, agora, varias notas fiscais de remessa e de retorno relacionadas no demonstrativo anexado nas fls. 195 a 197 do PAF. Conclui pela manutenção dos valores daquele levantamento porque as notas fiscais apresentadas não abrangem a totalidade das operações de remessa e retorno de produtos acabados, no exercício de 2009.

Ressaltou que a apuração está embasada nas remessas e retornos realizados durante o exercício de 2009 e que as diferenças deveriam ser registradas no livro de Inventário na “RUBRICA – MATERIAL EM PODER DE TERCEIROS”.

Informou que as notas fiscais nºs 1899, 2460, 2461, 2504, 2505, 2867, 2903 e 2320, foram emitidas no exercício de 2010; as motas fiscais 4791, 5800, 5947 e 5953, emitidas no exercício de 2011 e as notas fiscais de nº 6270, 6321, 6322, 6329, 6379, 6270 nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2012.

Acrescentou que os valores referentes a essas notas fiscais deveriam estar registrados no livro de Registro de Inventário como “MATERIAL EM PODER DE TERCEIROS”, o que não ocorreu e fundamentou a infração 3.

Na sexta infração, manteve a autuação e sustenta que a utilização do vidro caracteriza-se como instalações, pois o vidro não é consumido no processo produtivo. Diz que o autuado não deixou claro qual a vida útil do vidro, seu ciclo produtivo, apresentando apenas placa de vidro como molde e placa de vidro já utilizada e que tal comprovação não é suficiente, pois a aquisição do vidro é grande durante o exercício de 2009, indicando a sua utilização como instalações.

Salientou que as instalações administrativas e de produção da empresa se constituem de vidro; nesse caso, o autuado tem o dever de anexar fotografias de toda sua área administrativa, de controle de processo, de produção e almoxarifado, para melhor conhecimento do CONSEF, como também, deve apresentar o razão da conta imobilizado permanente e diferido (projetos em andamento).

Na última infração, diz que a planilha que serviu à autuação foi refeita com base nas notas fiscais apresentadas pelo autuado e escrituradas no livro de registro de entradas, como também das notas fiscais que foram destinadas ao autuado, mas foram escrituradas por sua filial CNPJ nº 02.402.478/0006-88. Diz que o saldo remanescente é de R\$58.913,68, conforme planilha em anexo.

Por fim, pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em nova manifestação, fls. 730/740, o sujeito passivo arguiu as mesmas razões da defesa inicial em relação às infrações 1, 2 e 3. Repete os mesmos argumentos para a infração 06.

Na infração 7, verificou que a autuante reconheceu parte das alegações do autuado e reduziu o valor exigido do ICMS de R\$170.361,35 para R\$58.913,68.

Já em relação às demais notas fiscais que não foram consideradas, ressaltou que as mesmas também foram lançadas no respectivo livro Registro de Entrada já acostado.

Destacou a necessidade da revisão de ofício pela fiscalização, para que haja o processamento das reduções dos débitos revisados, nos termos que estabelece o artigo 149 do CTN.

Ratificou o entendimento da inicial e requereu o cancelamento das infrações combatidas. Às fls. 776/777 v, consta extrato de pagamento do SIGAT, valor R\$44.833,41, referente às infrações 5 e 6.

VOTO

Cuida o presente Auto de Infração da exigibilidade de ICMS decorrente das 07 infrações mencionadas e relatadas nas linhas procedentes que, após analisar as peças componentes do presente PAF, faço as constatações a seguir, exceto para a infração 04 (R\$ 25.149,86), sequer impugnada pelo sujeito passivo; infrações 05 (R\$ 5.642,12) e 06 (R\$ 54.461,77), que foram reconhecidas; efetuados os respectivos pagamentos, estando, pois, excluídas da lide. Cumpre, antes, examinar o pedido de revisão fiscal efetuado, nas razões defensivas.

O sujeito passivo destacou a necessidade da revisão de ofício pela fiscalização, para que haja o processamento das reduções dos débitos revisados, nos termos que estabelece o artigo 149 do CTN. Não percebo, nos presentes autos, necessidade de diligências fiscais para apuração de eventuais saldos remanescentes de débitos lançados de ofício. A perícia e diligência se prestam a esclarecer ou evidenciar fatos presentes no processo; possíveis acertamentos originados da modificação da autuação inicial serão observados na apreciação da matéria.

No mérito, versa a primeira infração que o autuado deixou de recolher o ICMS da importação de mercadorias com isenção de imposto, sob o regime de drawback na modalidade suspensão, tendo sido as respectivas exportações efetuadas por terceiros (filial do importador, localizada no Estado de São Paulo), em desacordo com a legislação, que condiciona o benefício à exportação pelo próprio importador.

Importação efetuada sob o amparo do Ato Concessório de Drawback nº 20090060628 (fl. 15) e que, segundo a fiscalização, não resta comprovada a efetiva exportação dos produtos resultantes da industrialização das mercadorias importadas, consoante art. 575, II, RICMS BA. A importação se refere ao insumo “acetona propanona”.

O autuado, em sua defesa, informa que teve em seu favor concedido o Drawback Suspensão, através do Ato Concessório acima descrito, que autorizou a importação de 947.564 toneladas do insumo “acetona propanona”, para posterior exportação de 830.179,63 toneladas de chapas acrílicas (NCM 39205100) e 584.950 toneladas de resina acrílica (NCM 39061000). Destacou que procedeu à exportação de 1.415.129,63 kg de chapas e resinas acrílicas, acorde relação de Registros de Exportação em anexo (DOC. 05) e houve a baixa do ato concessório (DOC. 06).

A seu tempo, a Auditora Fiscal, apesar de confirmar a exportação, defende que houve infração às regras contidas na legislação do Estado da Bahia, que condiciona a exportação pelo próprio importador, aduzindo que a exportação foi realizada por sua filial localizada em São Paulo. Completa que procedimento similar teve a autuação confirmada pelo Conselho de julgamentos desse Estado – CONSEF (acórdão 0030-04/08).

No que se refere à materialidade da infração, o regime aduaneiro especial de drawback, instituído pelo Decreto-lei nº 37, de 21/11/96, consiste na suspensão ou eliminação de tributos incidentes sobre insumos importados para utilização em produto exportado. O mecanismo funciona como um incentivo às exportações, pois reduz os custos de produção de produtos exportáveis, tornando-os mais competitivos no mercado internacional.

Existem três modalidades de drawback: isenção e suspensão, no âmbito da SECEX (Secretaria de Comércio Exterior, do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior), além da restituição de tributos, no âmbito da Receita Federal. 1) Suspensão - compreende a importação de matérias-primas, materiais secundários, embalagens e partes e peças, com suspensão de tributos exigíveis na importação, quando destinados à industrialização de bem a ser exportado; 2) Isenção - consiste na isenção dos tributos na importação de insumos, em quantidades e qualidades equivalentes às dos utilizados na industrialização de produto já exportado; 3) Restituição - permite restituir os tributos federais que gravaram importação de insumos empregados na produção de bens já exportados.

O regime especial de drawback é concedido a empresas industriais ou comerciais, tendo a SECEX desenvolvido sistema de controle de tais operações (Drawback Eletrônico), em módulo específico do SISCOMEX (Sistema Integrado de Comércio Exterior). A SECEX é o órgão competente para concessão do regime de Drawback isenção, suspensão e para baixar ou não o Ato Concessório.

O Ato Concessório é emitido em nome da empresa industrial ou comercial, que, após realizar a importação, envia a mercadoria a estabelecimento para industrialização, devendo a exportação do produto ser realizada pela própria detentora do drawback. As exportações vinculadas ao Regime de Drawback estão sujeitas às normas gerais em vigor para o produto, inclusive quanto ao tratamento administrativo aplicável. É obrigatória a vinculação do Registro de Exportação – RE ao Ato Concessório de Drawback.

Nessa quadra, o artigo 90 da Portaria SECEX nº 23/2011 menciona que poderão operar sob um único ato concessório de drawback a matriz e os demais estabelecimentos filiais da mesma empresa, os quais deverão possuir a mesma raiz (oito dígitos) do CNPJ.

Não obstante alegação defensiva que procedeu à exportação e houve a baixa do ato concessório, a presente autuação, não discute, a rigor, a situação do Ato Concessório ou efetiva exportação do

produto, que resta comprovada, mas o entendimento fiscal de descumprimento do regime mencionado, sustentando que a exportação não foi realizada pelo estabelecimento que procedeu à importação, mas por filial do autuado, situado no Estado de São Paulo, descaracterizando-a.

O trabalho fiscal, assim, encontra-se lastreado nos documentos juntados pelo Fisco, além de demonstrativo de fl. 14 e o lançamento de ofício amparado nos dispositivos isentivos previstos na Lei nº 7.014/96, reproduzidos no RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Considerou-se a inobservância da parte do impugnante sobre as condições para fruição do benefício, uma vez que lhe compete atender as determinações da legislação do ICMS do Estado da Bahia, onde se encontra localizado o estabelecimento importador das mercadorias amparadas pela isenção do imposto, sob o regime de drawback na modalidade suspensão, conforme indicado no artigo 28, IV, do RICMS/97, *in verbis*:

“Art. 28. São isentas do ICMS as operações e prestações relativas à importação e às remessas ou vendas relacionadas com lojas francas, missões diplomáticas, repartições consulares e organismos internacionais:

IV - nas entradas, no estabelecimento do importador, de mercadorias estrangeiras importadas do exterior sob o regime de "drawback", bem como nas saídas e nos retornos dos produtos importados com destino a industrialização por conta e ordem do importador, observado o disposto nos arts. 575 a 579;”

Em regra, a importação pura e simples é fato gerador do ICMS (art. 2º, I, § 1º, LC 87/96); no entanto, a entrada, no estabelecimento do importador, de mercadorias estrangeiras importadas do exterior sob o regime de "drawback", ocorre com isenção de ICMS e o inciso IV do artigo 28, acima transcrito, estabelece a observação ao disposto nos artigos 575 a 579 (redação da data de ocorrência dos fatos):

Art. 575. São isentas do ICMS as operações de importação de mercadorias estrangeiras recebidas do exterior sob o regime de "drawback" (Lei Complementar nº 04/69, Convênio ICM 52/89 e Convênios ICMS 36/89, 62/89, 79/89, 123/89, 09/90, 27/90, 77/91 e 94/94).

§ 1º- O benefício previsto neste artigo: (efeitos até 28.02.11)

I - somente se aplica às mercadorias: (efeitos até 28.02.11)

a) beneficiadas com suspensão do IPI e do Imposto sobre a Importação;

b) das quais resultem, para exportação, produtos industrializados (Convênio ICMS 65/96);

II - fica condicionado à efetiva exportação, pelo importador, do produto resultante da industrialização da mercadoria importada, com observância das respectivas quantidades e especificações, devendo o contribuinte manter a cópia da Declaração de Despacho de Exportação (DDE), devidamente averbada com o respectivo embarque para o exterior, para apresentação ao fisco, quando solicitado. (efeitos de 19/09/07 a 28/02/11).

A norma em análise decorre do Convênio ICMS 27/90, que dispõe sobre a concessão de isenção de ICMS nas importações sob o regime de "drawback", reiterando que o benefício fica condicionada a efetiva exportação pelo importador do produto resultante da industrialização da mercadoria importada, comprovada mediante a entrega, à repartição a que estiver vinculado, da cópia da Declaração de Despacho de Exportação – DDE, devidamente averbada com o respectivo embarque para o exterior, até 45 dias após o prazo de validade do Ato Concessório do regime, ou na sua falta, do documento equivalente, expedido pelas autoridades competentes (Cláusula primeira, inciso II do Convênio ICMS 27/90).

O artigo 575 do citado regulamento, em seu § 1º determina que o benefício da isenção do ICMS somente se aplica às mercadorias beneficiadas com suspensão do IPI e do Imposto sobre a Importação, que resultem, para exportação, produtos industrializados (Convênio ICMS 27/90, I).

Extrai-se das regras retro mencionadas, que a isenção em debate está condicionada à efetiva exportação pelo importador do produtor resultante da industrialização da mercadoria importada sob o regime de drawback, significando que o importador baiano, detentor do Ato Concessionário, deverá ser também o exportador do produto.

Deixo de acatar ainda a tese defensiva da manutenção da isenção, efetuadas as respectivas exportações pela filial do importador, localizada no Estado de São Paulo, porque o “importador” tratado no artigo 575, RICMS BA não pode ser compreendido da forma alargada, como pretende o autuado, para incluir o seu estabelecimento paulista (o efetivo exportador).

Primeiro porque estamos nos reportando a um benefício fiscal, cuja interpretação legal, deve ser feita em sentido literal. O artigo 111, CTN estabelece que as regras que dispõem sobre suspensão, exclusão, isenção ou dispensa do crédito tributário devem ser interpretadas literalmente, sendo vedada a extensão de benefício fiscal. Em seguida, porque, quando a legislação do Estado da Bahia estabeleceu que a “isenção de ICMS para drawback fica condicionada à efetiva exportação, pelo importador”, por deduções obvias, fez referências ao exportador sediado na Bahia, até mesmo pelo alcance das normas regulamentares. A ordem para entrega de documentos que comprovam a exportação à “repartição a que estiver vinculado o exportador”, segundo o convênio ICMS 27/90, recepcionado também pela Bahia, está a indicar o exportador sediado no Estado da Bahia, porque faltaria competência ao legislador baiano exarar determinações para contribuintes sediados em outros Estados.

Impertinente, por fim, as razões do sujeito passivo, que a exportação manejada pela filial de São Paulo, não descaracteriza o cumprimento do regime do DRAWBACK e que destacou o ICMS devido na operação de transferência do produto final.

Antes, com relação ao destaque do ICMS na transferência do produto final para o Estado de São Paulo, agiu com correção o autuado, posto que tais operações são tributadas normalmente, à teor do art. 12, I, da LC nº 87/96, embora não represente qualquer repercussão econômica para a empresa, posto que o valor debitado em um estabelecimento haverá a compensação em outro do mesmo titular. Por outro lado, destaca-se o princípio da autonomia dos estabelecimentos, insculpido na Lei Complementar 87/96 e na Lei de ICMS do Estado da Bahia, considera que cada um dos estabelecimentos de uma mesma empresa deve cumprir separadamente suas obrigações tributárias.

Ademais, as questões inerentes à importação sob o regime de *drawback* são complexas, merecem acentuada atenção, tendo em vista que a incidência dos tributos no âmbito federal e estadual fica sob a condição suspensiva ou resolutiva, até a efetiva exportação das mercadorias importadas, tendo por escopo o fomento às exportações. O *drawback* funciona como incentivo à exportação, mas o ordenamento jurídico tributário do país adotou um sistema rígido de competências tributárias, de forma que cada ente tributário exigirá o tributo cuja criação lhe foi outorgada.

Assim, a matéria no âmbito estadual não será conformada e analisada como na esfera federal. O legislador estadual não é obrigado a acompanhar à legislação federal no tratamento tributário concedido nas operações de sua alcada; da mesma forma que o legislador do Estado da Bahia não pode conceder incentivos fiscais para tributo federal porque lhe falta competência.

A propósito, verifico nas Declarações de Importação, fls. 84/87, que as mercadorias sujeitam-se ao regime de *drawback suspensão*, com a suspensão do imposto (II) e de contribuições (PIS/ PASEP e COFINS), cujo benefício restou confirmado com a exportação dos produtos resultantes da importação, conforme comando da legislação federal.

Para a isenção do ICMS, imposto de competência estadual, no entanto, a condição era que a exportação, com observância das respectivas quantidades e especificações, fosse feita pelo importador do produto resultante da industrialização da mercadoria importada, o que não ocorreu, pois a exportação foi realizada por outro estabelecimento, localizado em outro Estado da Federal.

A exigência é tão pontual que o parágrafo único, do artigo 576, RICMS BA, veda o benefício da isenção nas operações nas quais participem estabelecimentos localizados em unidades de Federação distintas.

Ante a exposição retro, a isenção do ICMS nas importações pelo regime de *drawback*, em tais

condições, resta desconsiderada. Esse foi o entendimento consagrado na decisão do CONSEF acerca do mesmo tema, no acórdão CJF Nº 0010-12/06, além daquele já citado pela autuante.

Contudo, oportuno observar, no caso concreto, que os tributos federais incidentes na operação de *drawback*, confirmada naquele âmbito a exportação, não foram recolhidos, devendo, portanto, as referidas parcelas serem excluídas da base de cálculo do ICMS, acorde quadro abaixo:

	Exigido A.I	Devido
Valor do produto	1.360.970,54	1.360.970,54
imposto de importação	164.901,81	0,00
Pis/Pasep	30.716,64	0,00
Coffins	141.482,74	0,00
Total	1.698.071,73	1.360.970,54
base de cálculo	2.045.869,55	1.639.723,54
ICMS	R\$ 347.797,82	R\$ 278.753,00

Infração parcialmente caracterizada no valor de R\$ 278.753,00.

A segunda infração relata que o autuado deixou de recolher o ICMS em razão de registro de operação tributada como não tributada, nas saídas internas de mercadorias para consumidores finais, ditos residentes no exterior, como se fossem exportações. O Relatório Fiscal de fl. 160 discrimina as operações, cujas cópias das respectivas notas fiscais de saída estão acostadas aos autos; emitidas pelo autuado diretamente para o importador no exterior com natureza da operação “venda de produção do estabelecimento sob o regime de “*drawback*” – CFOP 7.127.

O sujeito passivo alega apenas que a mercadoria foi exportada, “*conforme se observa os registros de exportação apresentados*”

À míngua de melhores esclarecimentos acerca de tais mercadorias exportadas, pois o autuado não junta à sua defesa comprovantes das exportações, o que também impede qualquer vinculação com as importações dos insumos amparadas pelo regime de *drawback*, tratado no item anterior, observo que a Auditora Fiscal acostou aos autos, fls. 161/193, além dos documentos fiscais, cópias de REGISTRO DE EXPORTAÇÃO emitidas pela filial do autuado, localizada no Estado de São Paulo - CNPJ: 02.402.478/0005-05, sendo que no seu conteúdo consta que as mercadorias fabricadas são originadas de outro estabelecimento do mesmo grupo (CNPJ: 02.402.478/0006-88 - INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº: 74.082.797), sem qualquer vinculação com o estabelecimento autuado, emissor das notas fiscais questionadas, na presente infração.

Posto isso, resta caracterizada a exigência fiscal pela saída de mercadoria para exportação sem a necessária comprovação, no valor de R\$ 221.481,53.

Na infração 03, a acusação é da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2009 e 2010, no valor total de R\$ 128.130,81.

O autuado alega que procedeu às saídas das mercadorias para armazenagem no estabelecimento da PROQUIGEL QUÍMICA S/A (CNPJ nº 27.515.154/0011-44), conforme Parecer GECOT nº 16073/2007; que a diferença de estoque de mercadorias apontada pela fiscalização encontrava-se em poder de terceiros, estando registrado pela empresa autuada (DOC 10) e ainda que as referidas mercadorias retornaram ao estabelecimento autuado, através das notas fiscais nºs 1899, 2460, 2461, 2504, 2505, 2867, 2903, 2320, 4791, 5800, 5947, 5953, 6270, 6321, 6322, 6329, 6379, 6270.

Reclama que o trabalho fiscal não considerou todos os elementos da atividade do autuado, contrariando o dispositivo do art. 936 do RICMS, o que ocasionou as distorções em relação aos registros da empresa. Fossem observadas todas as operações no levantamento de estoque, não haveria a omissão apurada.

Explica a Auditora Fiscal, responsável pelo levantamento, que o estabelecimento autuado remete matéria prima (BISFENOL) e (PRODUTOS ACABADOS), para a PROQUIGEL (INSC EST: 75.099.799) com a finalidade de armazenagem, conforme Regime Especial acordado com o Fisco Estadual. Esclareceu que detectou a remessa dos produtos em quantidades maiores que os retornos realizados no mesmo exercício (2009); argumenta que não houve registro do saldo em poder de terceiros, conforme cópia do registro de Inventário (fls. 232 a 333), implicando a saída de produtos tributados sem o respectivo recolhimento do ICMS. Diz que apurou também diferença entre os valores remetidos e o retorno do produto FILME DE POLIETILENO, que não está no REGIME ESPECIAL.

Com efeito, cópia do Regime Especial (Parecer GECOT nº 16.073/2007) que autoriza a remessa de parte do estoque de matéria prima (BISFENOL) e produtos acabados para armazenagem em galpão da empresa PROQUIGEL QUÍMICA S/A. encontra-se acostado aos autos, fls.198/199. Constatou a elaboração do demonstrativo que apurou as diferenças acima referidas, além da movimentação de FILME DE POLIETILENO CRISTAL S/LOGO 2100 x 60, mas que também acusou diferença no estoque, às fls. 195/197.

O autuado apresenta como prova da regularidade de seus estoques, as notas fiscais de entrada dos produtos, identificadas nos autos, às fls. 609/626. Os argumentos da autuante para a não aceitação de tais documentos é o fato de constar como natureza da operação “outras saídas não especificadas”, no lugar da expressão “retorno de mercadorias armazenadas”, orientação contida no Parecer que autorizou a armazenagem dos produtos em outro estabelecimento, que não é uma justificativa aceitável para impor a exigência de créditos tributários.

No entanto, deixo de acolher os relatórios de controle interno acostados aos autos pelo impugnante, às fls. 627/629, representando possível saldo dos estoques em poder de terceiros, uma vez que tais quantidades deveriam, exatamente como pugnou a Auditora Fiscal, estar registradas no Livro de Inventário do autuado, a fim de servir como prova, o que não ocorreu.

Dessa forma, o levantamento quantitativo dos estoques de produtos e matéria prima aludidos nessa infração resta configurado, conforme o quadro abaixo, após a dedução das notas fiscais apresentadas pelo autuado.

	Autuação	Nota fiscal	Dif	Preço unit.	B.cálculo	ICMS
RESINA	264.550	211.702	52.848,00	1,15	60.775,20	
FILME	8.383,87	4.367	4.016,87	7,84	31.492,26	
ACRIGEL	44.988,01	14.996,00	29.992,01	8,53	255.831,85	
					348.099,31	59.176,88

Pelo exposto, a infração 03 resta caracterizada em parte, no valor de R\$ 59.176,88.

Na infração 07, a exigência é de multa por descumprimento de obrigação acessória, tendo em vista a acusação da entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, que totaliza R\$ 170.361,35 (R\$ 1.703.613,51 x 10%).

A exigência tributária inicial encontra-se lastreada no demonstrativo de notas fiscais não localizadas na escrita do contribuinte autuado, fl. 453.

Com efeito, a falta dos registros autoriza a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, quando se referir à entrada de mercadoria sujeita a tributação, nos termos do artigo 42, inciso IX, Lei 7.014/96, conforme abaixo transcritos:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal.

Nas razões, o autuado argui que parte das notas fiscais arroladas encontra-se devidamente registrada no seu Registro de Entrada; as demais notas fiscais foram destinadas para outro estabelecimento de CNPJ 02.402.478/0006-88; fato que foi comprovado pela autuante, reduzindo a exigência para R\$ 58.913,68.

Constatou que o § 2º do art. 39 do RPAF BA, aprovado pelo Decreto 7.629/99, determina que na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado. Ocorre que o novo demonstrativo fiscal, acostado aos autos, fls. 725, discrimina as mercadorias tributadas, adquiridas pelo autuado, que não foram escrituradas, relacionando os respectivos documentos fiscais com as datas de emissão, de saída das mercadorias, etc. o que permite a identificação do período do surgimento da obrigação tributária acessória.

Posto isso, imperiosa a necessidade da nulidade da presente exigência, tendo em vista a indisponibilidade do crédito tributário, representando à autoridade fazendária competente para determinar o refazimento da exigência, considerando corretamente os períodos para cada ocorrência.

Posto isso, resta caracterizada a nulidade da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, relativamente à infração 07.

Resumo das infrações remanescentes:

Infração 01 – procedente em parte – R\$ 278.753,00

Infração 02 - procedente – R\$ 221.481,53

Infração 03 - procedente em parte – R\$ 59.176,88

Infração 04 – não impugnada – R\$ 25.149,86

Infração 05 – reconhecido – R\$ 5.642,12

Infração 06 – reconhecida – R\$ 54.461,77

Infração 07 – multa – infração nula

Total – R\$ 644.665,16

Dianete do exposto, o lançamento fiscal é PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206955.0012/11-5, lavrado contra **UNIGEL PLÁSTICOS S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$644.665,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 585.488,28 e 70% sobre R\$ 59.176,88, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos efetivamente.

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, 13 de novembro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR