

A. I. N° - 210319.2712/12-0
AUTUADO - BAHIA EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.
AUTUANTE - JOSUÉ DE LIMA BORGES FILHO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 10/07/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0131-03/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. a) REFEIÇÕES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELO RESPONSÁVEL. **b)** SAÍDA DE BEM DO ATIVO CUJA ENTRADA OCORREU COM AMPARO DO DIFERIMENTO. Infrações não impugnadas. **2. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS.** Na apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, devem ser excluídos todos os débitos mensais não incentivados e somados os créditos fiscais não vinculados. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Infração subsistente em parte. **3. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA SURAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Autuado não comprova o internamento das mercadorias na forma prevista na legislação. Infração subsistente. **4. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE PRODUTOR RURAL NÃO INSCRITO NO CADASTRO ESTADUAL DO ICMS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Fato não contestado pelo sujeito passivo. **5. BASE DE CÁLCULO. NÃO INCLUSÃO DO IPI. VENDAS NÃO DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO OU INDUSTRIALIZAÇÃO.** Inclui-se na base de cálculo do ICMS o valor do IPI nas saídas efetuadas por contribuinte do imposto federal com destino a consumidor final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte. Infração comprovada. **6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO. a)** SERVIÇOS DE TRANSPORTE ENQUADRADO NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. **7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. 8. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. 9. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** MATERIAL DE CONSUMO. **b)** IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. **c)** CRÉDITO RELATIVO A SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO A OPERAÇÃO SUBSEQUENTE TRIBUTÁVEL PELO IMPOSTO. **d)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. **10. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIMENTO EFETUADO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A**

MENOS. Infrações não impugnadas. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2012, refere-se à exigência de R\$268.498,49 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários do autuado, nos meses de fevereiro a maio, julho, agosto, outubro a dezembro de 2009; janeiro a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$15.566,80.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos 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, nos meses de janeiro a abril, junho a agosto e novembro de 2009; janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$207.213,42.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, nos meses de janeiro, junho, julho de 2009 e abril de 2010. Valor do débito: R\$19.599,47.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS referente à aquisição de mercadorias de produtor rural não inscrito no cadastro estadual do ICMS, na qualidade de responsável solidário. Aquisição de confecções de pessoa jurídica não inscrita no cadastro estadual do ICMS, nos meses de agosto a novembro de 2009; fevereiro, maio e julho de 2010. Valor do débito: R\$1.937,32.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Não inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS nas saídas de mercadorias não destinadas à comercialização ou industrialização, nos meses de fevereiro a abril, junho a dezembro de 2009; fevereiro a maio, julho a novembro de 2010. Valor do débito: R\$6.929,53.

Infração 06: Falta de recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, no mês 03/2009. Saída de bem do ativo fixo correspondente à aquisição em outra unidade da Federação com amparo do incentivo do diferimento, relativo à diferença de alíquotas, contrariando as normas constantes no art. 2º, inciso I, alínea “c” do Decreto 8.205/02. Valor do débito: R\$3.380,28.

Infração 07: Falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviço de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita neste Estado, nos meses de janeiro a abril, junho, julho e novembro de 2009; janeiro a março, agosto e novembro de 2010. Valor do débito: R\$3.062,83.

Infração 08: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de março, maio, junho, setembro e dezembro de 2009; março, maio, julho, setembro, outubro e novembro de 2010. Valor do débito: R\$1.321,09.

Infração 09: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, março a dezembro de 2009; fevereiro a maio, julho a outubro de 2010. Valor do débito: R\$5.506,64.

Infração 10: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de março, maio, setembro e dezembro de 2009; março, maio, setembro e dezembro de 2010. Valor do débito: R\$1.158,96.

Infração 11: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de fevereiro e março de 2010. Valor do débito: R\$135,90.

Infração 12: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a processo de industrialização, que resulte em operação de saída tributada, nos meses de março, setembro, dezembro de 2009 e julho de 2010. Valor do débito: R\$68,48.

Infração 13: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, nos meses de setembro de 2009 e novembro de 2010. Valor do débito: R\$174,58.

Infração 14: Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Vendas realizadas para contribuintes não inscritos e para contribuintes com inscrição na condição de inapto, nos meses de maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2009; fevereiro, maio, junho, julho e dezembro de 2010. Valor do débito: R\$2.407,52.

Infração 15: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desconcontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês 03/2010. Valor do débito: R\$35,67.

O autuado apresentou impugnação às fls. 553 a 563 do PAF. Inicialmente, comenta sobre a tempestividade da defesa e reproduz cada item do Auto de Infração. Informa que é Pessoa Jurídica de Direito Privado, possuidora de incentivo fiscal através do Programa Desenvolve definido pela Lei nº 7.980/2001 e regulamentado pelo Decreto 8.205/2002, conferido à Empresa pelas Resoluções nº 78/2005 combinada com a Resolução 89/2010. A primeira Resolução, de nº 78/2005, refere-se ao projeto de implantação da planta de produção na Bahia e, a segunda, a de nº 89/2010 refere-se ao projeto de ampliação da planta de produção, ambas com 90% (noventa por cento) de incentivo sobre o SDPI conforme Tabela I classe I do Anexo do Regulamento do Desenvolve.

Quanto à infração 02, alega que embora tenha o preposto fiscal apurado o cometimento de irregularidades pelo contribuinte, o mesmo não está em todo certo, levando a uma improcedência da presente autuação. Afirma que na apuração do imposto devido para o exercício de 2009, o preposto fiscal incorreu em erro no cálculo do SDPI (Saldo Devedor do Projeto Incentivado) nos meses de janeiro a abril, junho a agosto e novembro de 2009 onde encontrou como supostamente devidos os valores de R\$ 2.509,19, R\$ 9.446,34, R\$ 1.729,40, R\$ 1.398,49, R\$ 357,73, R\$ 719,99, R\$2.855,78, R\$ 4.489,91, respectivamente, perfazendo um total de R\$ 23.506,83 (vinte e três mil quinhentos e seis reais e oitenta e três centavos) em imposto a recolher.

O autuado esclarece que, de fato, cometeu um equívoco quando da apuração do imposto naqueles meses, notadamente quando ao cálculo do SDPI, porém, o erro não ocorreu no valor reclamado no auto de infração para o período acima mencionado. Afirma que o valor total da diferença a recolher para o período foi de R\$ 10.502,83 (dez mil quinhentos e dois reais e oitenta e três centavos) conforme demonstrado nos anexos 1 e 1-A a 1-H apensos à defesa. Informa que as diferenças supracitadas ocorreram porque o Auditor Fiscal não considerou na apuração do imposto, a existência das bonificações para o cálculo do SDPI. Embora tenha sido esta a postura adotada pelo preposto fiscal, o mesmo agiu em desacordo com a legislação do imposto em contenda, isto porque não existia na norma qualquer restrição para inclusão das bonificações no cálculo do SDPI.

Trata-se de operações de produção própria realizadas pelo autuado. A restrição à utilização de bonificações para o cálculo do SDPI nas operações como estas só passou a existir a partir da entrada em vigor da IN 27/2009, que se deu em julho daquele ano. Desta maneira, não existindo na norma no período de janeiro até 02 de junho de 2009, o autuado não poderia excluir os valores das bonificações do cálculo do SDPI, como o fez, gerando desta maneira a diferença entre os valores encontrados por ele e pela Empresa autuada. Diz que o seu entendimento vem a ser corroborado, inclusive pela própria SEFAZ quando, no mês de novembro de 2010 publicou a IN 50/2010 que alterou a IN 27/09 incluindo os CFOP 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911 como exceção para inclusão no cálculo do SDPI.

Em relação ao exercício de 2010 alega que o erro também se repetiu no que diz respeito ao cálculo do SDPI. O Auditor Fiscal nos meses de janeiro a fevereiro e abril a dezembro de 2010 apresentou os seguintes valores para cálculo do SDPI de R\$ 2.637,95, R\$ 3.818,39, R\$ 880,02 R\$ 3.469,10, R\$ 25.784,19, R\$ 19.515,09, R\$ 28.239,40, R\$ 26.991,94, R\$ 26.457,58, R\$ 24.534,22 e R\$ 21.378,71, respectivamente, perfazendo um total de R\$ 183.706,59 (cento e oitenta e três mil setecentos e seis reais e cinquenta e nove centavos).

Afirma que, da mesma forma como ocorreu no exercício de 2009, no exercício de 2010 houve alguns equívocos por parte do autuado na elaboração do cálculo do SDPI, no entanto, não nos valores reclamados no auto de infração por parte do autuante. Os valores realmente devidos estão corrigidos e demonstrados nos anexos 2 e 2-A a 2-L, apensos à defesa, que representam um total de R\$ 28.820,83 (vinte e oito mil oitocentos e vinte reais e oitenta e três centavos).

Diz que em relação ao exercício de 2010 o principal erro do autuante ocorreu a partir do mês de junho de 2010. A Resolução nº 89/2010 do Desenvolve, publicada em 25/06/2010, concedeu o mesmo benefício da resolução 78/2005 ao autuado e estabeleceu um piso de R\$ 24.912,21 para o cálculo do aumento da produção a partir do 1º dia do mês subsequente à sua publicação e desta forma o cálculo é a partir de 01/07/2010. Afirma que o autuante, deixando de observar as resoluções supracitadas, incorreu nos seguintes erros: inicialmente começou ele a efetuar o cálculo baseado na Resolução 89/2010 a partir da competência junho e não da competência de julho/2010 como determina a Resolução. Em seguida deixou o Auditor de considerar separadamente as resoluções citadas para efeitos do cálculo do incentivo fiscal ao contrário do que fez o contribuinte, este sim em acordo com a legislação do Desenvolve, como pode ser visto nos anexos 2-F a 2-L.

Para melhor esclarecimento, apresenta um exemplo de como deveria ter sido efetuado o cálculo do benefício fiscal para efeitos da legislação vigente à época do fato gerador. Entende que está evidente que a forma que o autuante utilizou para efetuar o cálculo do incentivo fiscal, cálculo este que o levou a lavrar o presente Auto de Infração, causou um grande prejuízo ao autuado e, desta forma, fazendo com que o mesmo seja totalmente improcedente, não podendo ser outro o entendimento.

Infrações 03 e 05: Esclarece que as mercadorias objeto das operações de venda constantes da infração 05 tiveram suas saídas realizadas em favor de empresa comercial de bebidas, qual seja a CBB COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS situada no município de Dias D'Ávila, neste estado, CNPJ nº 07.295.782/0001-82 e inscrição estadual nº 72.465.081, conforme cópias que acostou aos autos e cópia das folhas do livro de registro de entrada de mercadorias da empresa adquirente. Assegura que não destinou as compras para uso ou ativo imobilizado e sim para comercialização ou industrialização e, assim está caracterizado a improcedência da autuação.

Infrações 01, 04, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14 e 15: Alega que não menos improcedente que as anteriores se fazem as infrações tipificadas pelos números supracitados. Informa que os responsáveis pela empresa verificaram que houve equívocos no levantamento realizado pelo preposto fiscal, o que macula a imputação, e que tal fato pode ser constatado mediante perícia, que requereu, colocando à disposição desta Junta Julgamento toda documentação relativa ao período fiscalizado. Afirma que não há que prosperar tais infrações, porque foram constatados

erros de levantamento, erros estes que ficarão comprovados na apuração revisional a ser deferida, com amparo também no levantamento oportunamente anexado ao PAF, elaborado pela empresa.

Por fim, o defendente requer a nulidade e/ou improcedência do auto de infração em lide, para ver extinto o crédito tributário contra si lançado.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 603 a 611 dos autos, dizendo que a defesa é tempestiva, tendo em vista ter sido entregue no prazo regulamentar. No mérito, informa que, realmente, foi concedido o benefício do Programa Desenvolve à empresa através das Resoluções N°s 78/2005 e 89/2010, sendo que o benefício da primeira Resolução foi para o projeto de implantação, e a segunda supracitada, para o projeto de ampliação. Não concorda com a maioria das alegações apresentadas, pelos motivos a seguir reproduzidos, pedindo a procedência parcial do auto de infração.

Afirma que eventuais erros cometidos no levantamento fiscal não acarretam a improcedência do auto infração. Entende que, uma vez constatados e efetuados os devidos ajustes como também deduzidos os valores indevidamente incluídos no auto de infração, o mesmo deverá ser considerado parcialmente procedente. Reconhece que nos meses de janeiro a abril de 2009, foi utilizada planilha ajustada para o cálculo do SDPI (Saldo Devedor do Projeto Incentivado), que já contemplava as orientações contidas na Instrução Normativa nº 27/2009 publicada do Diário Oficial do Estado em 03/06/2009, em que determinava o expurgo de operações com débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado dos grupos do CFOP 5.900 e 6.900, ou seja, não só bonificações, mas outras saídas de mercadorias enquadradas e derivadas naqueles códigos. O defendente entendeu que aquela Instrução Normativa só entrou em vigor em julho, porque aquela norma não previa a data de início da vigência, compreendendo desta forma, que o mês de junho de 2009 não se submeteria às novas regras para apuração do SDPI. Diz que o artigo 103, inciso I, do Código Tributário Nacional, estabelece que os atos administrativos entram em vigor na data de sua publicação, não se lhes aplicando a regra geral da LICC. Portanto, há que ser considerado o mês de junho com aplicação das diretrizes da Instrução Normativa 27/2009.

Informa que elaborou novo Demonstrativo de Apuração de ICMS Programa Desenvolve do Exercício 2009, anexo a este auto de infração em arquivo em meio magnético, realizando-se os ajustes, e salienta que o autuado reconhece à fl. 558 que “...cometeu um equívoco quando da apuração do imposto naqueles meses, notadamente quando ao cálculo do SDPI...”, motivo pela qual foi elaborado o novo relatório de 2009 para realização das correções.

Diz que o defendente incorre em equívoco no tocante à análise do exercício de 2010 quando afirma que “A Resolução nº 89/2010 do Desenvolve, publicada, em 25/06/2010, concedeu o mesmo benefício da resolução 78/2005 ao autuado...”. Esclarece que a nova resolução, cópias às fls. 40/41, ampliou o benefício fiscal concedido pela Resolução 78/2005 (fls. 38/39). Na primeira resolução, o benefício relativo ao projeto de implantação era para produção de embalagens; concedendo-lhes, entre os outros benefícios, o diferimento nas aquisições de polietilenos e polipropilenos com diferimento para aquisições junto a fornecedores com CNAE-FISCAL sob o código 2431-7. O prazo para aquele benefício era de 12 anos, contados a partir do início das operações comerciais do projeto incentivado. A segunda resolução, relativa ao projeto de ampliação, abrangeu não somente a produção de embalagens, mas todos os tipos de artefatos plásticos produzidos pela indústria tais como: banquetas, poltronas, bistrô, mesa, cesto, entre outros produtos fabricados. O diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, conforme pode se verificar na Resolução 89/2010, foi ampliado para as aquisições internas de masterbatch e resinas termoplásticas de estabelecimentos enquadrados nos códigos de atividade nºs 2029-1/00 e 2031-2/00. O prazo do benefício foi ampliado, pois, com a ampliação, a impugnante passou a ser beneficiada pelo período de 12 anos contados a partir de 01/07/2010. Porém, a resolução foi publicada em junho, sem data para vigência, entendendo que deve ser aplicada a regra, como já mencionado anteriormente, do art. 103, inciso I do CTN, portanto o saldo devedor mensal do ICMS passível do

incentivo era o que excedesse o valor de R\$ 24.912,21. Ou seja, a empresa deixou de abater esse limite para o cálculo do SDPI, deixando, dessa forma, de cumprir o estabelecido na Resolução 89/2010, gerando consequentemente erro na apuração do SDPI.

Também informa que elaborou novo Demonstrativo de Apuração de ICMS Programa Desenvolve do Exercício 2010, anexado ao PAF em meio magnético para efetuar as correções necessárias, objetivando incluir no levantamento as operações passíveis de incentivo vinculadas aos grupos de CFOP 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911 alterando-se os valores históricos.

Contesta a declaração contida nas fls. 562, onde o impugnante afirma "...que as mercadorias objeto das operações de venda constante da infração 05 tiveram suas saídas realizadas em favor de empresa comercial de bebidas, qual seja a CBB COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS...". Diz que cópias das notas fiscais emitidas pelo autuado, juntadas ao processo às fls. 134/171, comprovam que as saídas de produtos ocorreram para outros contribuintes e não somente para a empresa supracitada. Que outro engano constatado, é que não se trata de uma empresa comercial de bebidas, mas sim uma indústria cuja atividade econômica é a fabricação de cervejas e chopes. Diz que no Relatório Erro na Determinação da Base de Cálculo 2009/2010 (fl. 53) constam além das notas fiscais 3472 (fl. 599) e 3793 (fl. 598) juntadas à defesa, os documentos fiscais n°s 2804 (fl. 151) e 3351 (fl. 153) emitidos para aquela indústria. Afirma que não é comum a venda de mesas, poltronas, bistrô por parte de indústrias de cervejas. O que se tem visto são as saídas destas mercadorias, com a marca estampada nas mesmas, para clientes ou terceiros, em contrato de comodato ou empréstimo, destinadas a festas e eventos cuja finalidade principal é a divulgação da marca da cerveja, se obrigando o comodatário, ou quem tomou emprestado, vender somente aquela marca de cerveja. Observa que na cópia da folha do livro Registro de Entrada, da CBB COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS (fl. 597), juntada à defesa, apesar de ter registrado as compras através das notas fiscais n°s 3472 e 3793 com o CFOP 1102, a indústria registrou as aquisições como "Operações sem Crédito de Impostos – Outras", porque tal operação não é passível de creditamento.

Salienta que observando os arquivos magnéticos (registro TIPO 50) enviados à SEFAZ BAHIA dos meses de janeiro e setembro da empresa, cujos dados estão na planilha juntada ao processo, referentes à CBB-COMPANHIA BRASILEIRAS DE BEBIDAS, constatou que as notas fiscais 2804 e 3351, emitidas pelo autuado foram registradas por seu cliente nas respectivas datas 09/07/2010 e 01/09/2010, como aquisição para o ativo imobilizado (1551) e para material de uso e consumo (1556). Verificou, também, que não foi utilizado o crédito fiscal.

Estranha o fato de o autuante ter conseguido, junto ao seu cliente, a folha da página 28 do livro de registro de entrada (fl. 597), e não ter conseguido as outras. Salienta que, possivelmente, na página anterior, página 27, estava lançada a nota fiscal n° 3351. Da análise das notas fiscais (fls 134/171), observa que a saída de produtos acabados tais como: vasilhames, caixas, poltronas, para integrar o ativo imobilizado ou para utilização como material de uso e consumo para empresas com as seguintes atividades econômicas: atacadista de venda de água mineral, indústria de fabricação de água envasada, indústria de laticínios, churrascaria, construtoras, empresas de vendas de automóveis, indústria de fabricação de sucos de frutas, obras de assistência social, indústria de fabricação para calçados, atividade agropecuária de horticultura, fabricação de cervejas. Entende que as aquisições destas empresas não foram para revenda ou industrialização, como o autuado declara à fl. 562. Afirma que aconteceu erro de quem emitiu as notas por não ter analisado ou solicitado dos seus clientes a informação da destinação do produto acabado. Portanto, nestas circunstâncias, deveria ter integrado o IPI à base de cálculo do ICMS.

Sobre a infração 03, informa que analisando os documentos juntados à defesa, fls. 596/597, verificou que as chaves de acesso relacionadas naqueles documentos (PIN- Protocolo de Ingresso de Mercadorias Nacional), não se relacionam com nenhum dos documentos juntados ao processo às fls. 97/124. Entende que a infração subsiste, afirmando que o defendente não conseguiu provar o ingresso das mercadorias na Zona Franca de Manaus.

Quanto às infrações 01, 04, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14 e 15 diz que o defendente se limita a afirmar que são improcedentes, por ter os responsáveis pela empresa detectado supostos equívocos cometidos pelo autuante. Afirma que são procedentes as infrações e que de modo diverso do entendimento exposto pelo autuado, os dados contidos no auto de infração e nos papéis de trabalho, chegam a conter informações detalhadas que possibilitam ao estabelecimento ter em mãos os dados necessários para o exercício do princípio da ampla defesa, pois o autuado recebeu os seguintes relatórios: Demonstrativo do Cálculo do ICMS Diferido 2009/2010 (fls. 48/49), Falta de Recolhimento do ICMS 2009/2010 (fl. 51), Relatório Falta de Recolhimento de Recolhimento do ICMS Diferido 2009 (fl. 55), Relatório Falta de Retenção do ICMS Transporte de Transportadora Não Inscrita 2009/2009 (fls. 56/57), Diferença de Alíquota Sobre Aquisição de Material de Uso e Consumo 2009/2010 (fl. 58), Relatório Erro na Determinação da Alíquota 2009/2010 (fls. 62/65), Auditoria do Crédito Fiscal (fls. 66/67), Demonstrativo do ICMS Não Destacado Por Substituição Tributária Nas Saídas A Contribuintes Não Inscritos e Inaptos 2009/2010 (fl. 68) e Demonstrativo do ICMS Recolhido a Menor 2010. Ressalta que todas as provas das infrações estão anexadas ao presente processo às fls. 71/549. Diz que a empresa não quis se pronunciar, no prazo previsto para se defender, sobre esses documentos e relatórios, e entende que não há necessidade de realização de perícia, pois, conforme já pronunciado, as provas estão contidas nos autos, os fatos que motivaram o auto em apreço estão minuciosamente descritos nas peças que o constituem.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, após a exclusão dos valores cobrados indevidamente, conforme os novos demonstrativos que acostou aos autos.

Considerando que o autuante acatou parte das alegações defensivas e elaborou novos demonstrativos reduzindo parcialmente os valores exigidos, conforme informação fiscal prestada às fls. 603 a 611 dos autos, e não se constatou nos autos comprovação de que o autuado tivesse recebido as cópias dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 617), solicitando que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse as cópias da referida informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, com a indicação do prazo de dez dias para o defendente se manifestar, querendo.

O defendente foi intimado e se manifestou às fls. 622 a 624, alegando que o cálculo realizado pelo autuante em sua informação fiscal continua em desacordo com a legislação aplicável à matéria, no que concerne à infração 02, devendo ser considerado por esta JJF o cálculo procedido pelo autuado e anexado à impugnação. Entende que ficou evidenciado na peça defensiva que a forma utilizada pelo autuante para calcular o incentivo fiscal causou um grande prejuízo ao autuado e, desta forma, fazendo com que o lançamento seja improcedente.

Quanto às infrações 03 e 05, alega que embora o autuante queira descaracterizar as provas apresentadas pela defesa, os argumentos por ele aduzidos não merecem prosperar, porque a documentação juntada aos autos junto com a impugnação, é idônea e suficiente para demonstrar a improcedência da infração, pelos motivos já expostos e que foram reiterados na manifestação.

Em relação às infrações 01, 04, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14 e 15, o defendente informa que realizou o pagamento dos valores apurados por meio do benefício fiscal concedido pela Lei de Anistia nº 12.903/2013.

Por fim, reitera os termos constantes na impugnação inicial, requer sejam rejeitadas as informações do autuante, pugnando pela improcedência das infrações. Pede a retificação do endereço dos patronos do autuado para fins de intimações.

Em nova informação fiscal prestada às fls. 628/630, o autuante afirma que a informação prestada anteriormente fornece esclarecimentos mais detalhados acerca dos fatos que motivaram a ação fiscal, sem, contudo, ampliar os mencionados fatos.

Quanto à infração 02, diz que o autuado, de forma genérica, se limita a afirmar que os argumentos arrolados pelo autuante não se encontram em concordância com a legislação vigente à época dos fatos geradores das obrigações. Que o defendente não rebate os dados evidenciados nos relatórios que compõe o PAF, inclusive aqueles contidos no CD à fl. 07 dos autos. Na prática o impugnante se limita a ratificar sua impugnação inicial de que os cálculos efetuados pela fiscalização não estão de acordo com a legislação.

Em relação à infração 03, o autuante ressalta que o presente processo retornou à Infaz Feira de Santana com a finalidade de cumprir a diligência requerida para que o autuado pudesse se manifestar sobre os novos relatórios que foram produzidos quando da informação fiscal. Entende que o momento para o autuado se pronunciar sobre a referida infração já se esgotou, porque deveria se defender por ocasião da impugnação inicial e não nesta oportunidade.

O autuante informou que em nenhum momento afirmou que a documentação anexada pela defesa às fls. 592/596 é inidônea. Que essa prova foi descaracterizada por considerar que tais documentos não guardam qualquer relação com aqueles acostados aos autos às fls. 97/124.

Sobre a infração 05, diz que além das informações detalhadas às fls. 608/610, esclarece que o autuado recebeu cópia integral da informação fiscal e relatório à fl. 612, que contém os dados extraídos do SINTEGRA da empresa CBB – Companhia Brasileira de Bebidas. Apesar disso, não se manifestou sobre esses dois documentos, limitando-se a declarar que os argumentos defensivos não merecem prosperar, porque a documentação juntada pela defesa é idônea e suficiente para demonstrar a improcedência da autuação. Informa, ainda, que juntou ao presente processo cópias das Notas Fiscais 4387, 4389, 4410, 4465, 4941, 5336, emitidas pelo impugnante para o cliente já referido e para Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A, onde se observa que o contribuinte procedeu à inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, porque as mercadorias não se destinavam a comercialização ou industrialização, procedimento que deveria ser adotado nas operações de saídas de mercadorias acobertadas pelas notas fiscais juntadas aos autos às fls. 134/171.

Finaliza pedindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, após a exclusão de valores cobrados indevidamente, conforme demonstrativo constante na informação fiscal.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O defendente requereu a nulidade e/ou improcedência do auto de infração em lide, apresentando o entendimento de que deve ser extinto o crédito tributário contra si lançado. Entretanto, não indicou de forma específica qual seria o motivo da nulidade suscitada. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

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 nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada qualquer prova que suscitasse dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante, necessitando de prova pericial.

No mérito, o defendente informou que em relação às infrações 01, 04, 06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14 e 15, realizou o pagamento dos valores apurados por meio do benefício fiscal concedido pela Lei de Anistia nº 12.903/2013. Neste caso, contribuinte reconheceu o débito e aceitou os termos da transação prevista na mencionada Lei nº 12.903/2013. Por isso, concluiu que ficou prejudicada a defesa em relação aos itens que foram objeto de pagamento do débito com os benefícios da Lei de Anistia.

A infração 02 trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos 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, nos meses de janeiro a abril, junho a agosto e novembro de 2009; janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2010.

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 referido Conselho Deliberativo.

Quanto ao exercício de 2009 o autuado reconhece que cometeu equívoco quando da apuração do imposto nos meses objeto da autuação, notadamente quando ao cálculo do SDPI (Saldo Devedor Passível de Incentivo pelo DESENVOLVE), porém, afirmou que o erro não ocorreu no valor reclamado no auto de infração. Disse que o valor total da diferença a recolher para o período foi de R\$ 10.502,83, conforme demonstrado nos anexos à defesa. Também alegou que as diferenças apuradas pela fiscalização ocorreram porque o Auditor Fiscal não considerou na apuração do imposto, a existência das bonificações para o cálculo do SDPI.

Na informação fiscal, o autuante reconheceu que nos meses de janeiro a abril de 2009, foi utilizada planilha ajustada para o cálculo do SDPI que já contemplava as orientações contidas na Instrução Normativa nº 27/2009 publicada do Diário Oficial do Estado em 03/06/2009, em que determinava o expurgo de operações com débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado dos grupos do CFOP 5.900 e 6.900, ou seja, não só bonificações, mas outras saídas de mercadorias enquadradas e derivadas naqueles códigos. Elaborou novo Demonstrativo de Apuração de ICMS Programa Desenvolve do Exercício 2009, anexo a este auto de infração em arquivo em meio magnético, realizando os ajustes, apurando o débito total de R\$10.627,20, elaborando o demonstrativo de débito à fl. 602.

A Instrução Normativa 27/09, que dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, prevê que o mencionado saldo devedor mensal será apurado utilizando a seguinte fórmula: Saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE é igual ao saldo apurado no mês, menos os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado, mais os créditos fiscais não vinculados ao projeto.

No novo demonstrativo elaborado pelo autuante foram deduzidos do saldo devedor mensal os valores relativos à diferença de alíquota, estornos de crédito não vinculados e operações de saídas não incentivadas, somando-se os valores correspondentes aos créditos não incentivados e operações de entradas não incentivadas. Embora o autuado não tenha acatado o resultado da revisão efetuada, a única divergência entre a apuração do autuante e o demonstrativo do defendente à fl. 571 é o mês de março. No referido mês o autuante, de forma correta, deduziu do saldo devedor os seguintes valores R\$720,00 (operação não vinculada – venda de bem do ativo) e R\$416,00 (entrada não incentivada – mercadoria ou prestação de serviço não especificada).

Em relação ao exercício de 2010 o defendente alegou que o principal erro do autuante ocorreu a partir do mês de junho de 2010. A Resolução nº 89/2010 do Desenvolve, publicada em 25/06/2010, concedeu o mesmo benefício da resolução 78/2005 ao autuado e estabeleceu um piso de R\$

24.912,21 para o cálculo do aumento da produção a partir do 1º dia do mês subsequente à sua publicação e desta forma o cálculo é a partir de 01/07/2010. Afirma que o autuante, deixando de observar as resoluções supracitadas, inicialmente começou a efetuar o cálculo baseado na Resolução 89/2010 a partir da competência junho e não da competência de julho/2010 como determina a Resolução.

O autuante esclareceu que a nova Resolução nº 89/2010, cópias às fls. 40/41, ampliou o benefício fiscal concedido pela Resolução 78/2005 (fls. 38/39). Na primeira resolução, o benefício relativo ao projeto de implantação era para produção de embalagens; concedendo-lhes, entre os outros benefícios, o diferimento nas aquisições de polietilenos e polipropilenos com diferimento para aquisições junto a fornecedores com CNAE-FISCAL sob o código 2431-7. O prazo para aquele benefício era de 12 anos, contados a partir do início das operações comerciais do projeto incentivado. A segunda resolução, relativa ao projeto de ampliação, abrangeu não somente a produção de embalagens, mas todos os tipos de artefatos plásticos produzidos pela indústria tais como: banquetas, poltronas, bistrô, mesa, cesto, banquetas, entre outros produtos fabricados. O diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, conforme pode se verificar na Resolução 89/2010, foi ampliado para as aquisições internas de masterbatch e resinas termoplásticas de estabelecimentos enquadrados nos códigos de atividade nºs 2029-1/00 e 2031-2/00. O prazo do benefício foi ampliado, pois, com a ampliação, o impugnante passou a ser beneficiado pelo período de 12 anos contados a partir de 01/07/2010.

Na informação fiscal, o autuante elaborou novo Demonstrativo de Apuração de ICMS Programa Desenvolve do Exercício 2010, anexo em meio magnético ao auto de infração, para efetuar correções, objetivando incluir no levantamento as operações passíveis de incentivo vinculadas seguinte grupos de CFOP 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911, acatando alegações defensivas e alterando os valores históricos, totalizando R\$182.965,05, elaborando o demonstrativo de débito à fl. 608.

Constatado que os procedimentos e métodos aplicados na apuração do imposto exigido foram os mesmos do exercício de 2009, ou seja, do saldo devedor mensal apurado, foram deduzidos os valores relativos aos débitos não vinculados e somados os valores correspondentes aos créditos fiscais não incentivados.

Quanto às Resoluções 78/2005 e 89/2010, estão corretas as informações prestadas pelo autuante, com base nas condições estabelecidas nas mencionadas Resoluções, inclusive quanto à parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo Desenvolve, o prazo de doze anos para fruição dos benefícios, contado a partir do primeiro dia do mês subsequente à publicação da Resolução no Diário Oficial. Como a Resolução 89/2010 foi publicada em 22/06/2010, sua vigência teve início em 01/07/2010.

Tendo em vista que no cálculo efetuado pelo autuante foi considerado no mês de junho/2010 o limite do incentivo no valor de R\$24.912,21 que entrou em vigor a partir de julho daquele ano, entendo que deve prevalecer no mês 06/2010, a diferença apurada pelo contribuinte à fl. 580, no valor de R\$4.123,68, permanecendo inalterados os demais meses. Dessa forma, o débito relativo ao exercício de 2010 fica reduzido de R\$182.965,05 para R\$161.304,54.

Acato os demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 602/603 e 613, com a correção acima mencionada, concluindo pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$171.931,74.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, nos meses de janeiro, junho, julho de 2009 e abril de 2010.

Referente à comprovação do internamento das mercadorias, o RICMS estabelece:

Art. 598. Observar-se-á o disposto no Convênio ICMS 36/97, sem prejuízo de outros controles fiscais previstos ou que venham a ser estabelecidos:

I - no tocante à comprovação do ingresso da mercadoria nas áreas incentivadas, com a formalização do internamento;

II - no tocante aos procedimentos fiscais a serem adotados.

Observo que a legislação estabelece prazo e documentação específica para a comprovação do internamento das mercadorias na Zona Franca de Manaus, e de acordo com o inciso III do art. 29 do RICMS-BA/97, vigente à época, a isenção referente às remessas de mercadorias para a Zona Franca de Manaus é condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário. Como não houve comprovação do ingresso das mercadorias na mencionada Zona Franca de Manaus, o autuante concluiu que a falta de comprovação da efetiva internalização das mercadorias vendidas, implicou perda do benefício da isenção do ICMS.

Na informação fiscal, o autuante disse que após analisar os documentos juntados à defesa, fls. 596/597, verificou que as chaves de acesso relacionadas naqueles documentos (PIN- Protocolo de Ingresso de Mercadorias Nacional), não se relacionam com nenhum dos documentos juntados ao processo às fls. 97/124, por isso, a infração subsiste, considerando que o defendente não conseguiu provar o ingresso das mercadorias na Zona Franca de Manaus.

Como a documentação apresentada pelo defendente é insuficiente para comprovar suas alegações, na forma indicada na legislação, concluo pela procedência desta infração.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Não inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS nas saídas de mercadorias não destinadas à comercialização ou industrialização, nos meses de fevereiro a abril, junho a dezembro de 2009; fevereiro a maio, julho a novembro de 2010.

Conforme estabelece o art. 54, inciso I, alínea “c” do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, inclui-se na base de cálculo do ICMS o valor do IPI nas saídas efetuadas por contribuinte do imposto federal com destino a consumidor final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte.

O autuado alegou que as mercadorias objeto das operações de venda constantes desta infração 05 tiveram suas saídas realizadas em favor de empresa comercial de bebidas, qual seja a CBB COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS situada no município de Dias D’ávil, neste Estado, CNPJ nº 07.295.782/0001-82 e inscrição estadual nº 72.465.081, conforme cópias que acostou aos autos e cópia das folhas do livro de registro de entrada de mercadorias da empresa adquirente. Assegura que não destinou as compras para uso ou ativo imobilizado e sim para comercialização ou industrialização e, assim entende que está caracterizado a improcedência da autuação.

Sobre as alegações defensivas, o autuante prestou os seguintes esclarecimentos:

1. As cópias das notas fiscais emitidas pela autuada, juntadas ao processo às fls. 134/171, comprovam que as saídas de produtos ocorreram para outros contribuintes e não somente para a empresa supracitada. Que outro engano constatado, é que não se trata de uma empresa comercial de bebidas, mas sim uma indústria cuja atividade econômica é a fabricação de cervejas e chopes. Diz que no Relatório Erro na Determinação da Base de Cálculo 2009/2010 (fl. 53) constam além das notas fiscais 3472 (fl. 599) e 3793 (fl. 598) juntadas à defesa, os documentos fiscais nºs 2804 (fl. 151) e 3351 (fl. 153) emitidos para aquela indústria.
2. Na cópia da folha do livro Registro de Entrada, da CBB COMPANHIA BRASILEIRA DE BEBIDAS (fl. 597), juntada à defesa, apesar de ter registrado as compras através das notas fiscais nºs 3472 e 3793 com o CFOP 1102, a indústria registrou as aquisições como Operações sem Crédito de Impostos - Outras, pois tal operação não é passível de creditamento.
3. Os arquivos magnéticos (registro TIPO 50) enviados à SEFAZ BAHIA dos meses de janeiro e setembro da empresa, cujos dados estão na planilha juntada ao processo, CBB - COMPANHIA

BRASILEIRAS DE BEBIDAS, constatou que as notas fiscais nº. 2804 e 3351 emitidas pela autuada foram registradas, por seu cliente nas respectivas datas 09/07/2010 e 01/09/2010, como aquisição para o ativo imobilizado (1551) e para material de uso e consumo (1556). Verificou, também, que não foi utilizado o crédito fiscal.

4. Da análise das notas fiscais (fls. 134/171), observa que a saída de produtos acabados tais como: vasilhames, caixas, poltronas, para integrar o ativo imobilizado ou para utilização como material de uso e consumo para empresas com as seguintes atividades econômicas: atacadista de venda de água mineral, indústria de fabricação de água envasada, indústria de laticínios, churrascaria, construtoras, empresas de vendas de automóveis, indústria de fabricação de sucos de frutas, obras de assistência social, indústria de fabricação para calçados, atividade agropecuária de horticultura, fabricação de cervejas. As aquisições destas empresas não foram para revenda ou industrialização como o autuado declara

Analizando os documentos fiscais citados pelo autuante constato que não há comprovação nos autos que as operações objeto da autuação destinavam-se à comercialização ou industrialização. Neste caso, as operações em comento se enquadram no disposto no art. 54, inciso I, alínea “c” do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos, incluindo-se na base de cálculo do ICMS o valor do IPI. Mantida a exigência fiscal.

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

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 **210319.2712/12-0**, lavrado contra **BAHIA EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$233.216,82**, acrescido das multas de 60% sobre R\$61.285,07 e 100% sobre R\$171.931,75, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “e” e “f”; IV, “j” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA