

A. I. Nº - 281082.0024/12-0
AUTUADO - VALFILM NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS ANTÔNIO MOURA CRISÓSTOMO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13/07/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-03/16

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. a) BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. Comprovado nos autos que o impugnante é beneficiário do Programa Desenvolve e que, consoante disposto na Resolução 26/2006 é previsto o diferimento nas aquisições de bens para o ativo imobilizado. Infração insubsistente. **b) MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Confirmado mediante diligência que algumas mercadorias arroladas no levantamento fiscal são utilizadas no processo produtivo, efetuada a exclusão reduziu-se o valor do débito. Infração parcialmente elidida. Infração parcialmente caracterizada. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Confirmado mediante diligência que algumas mercadorias arroladas no levantamento fiscal, efetuada à exclusão reduziu-se o valor do débito. Infração parcialmente elidida. **3. DESENVOLVE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO DE RECOLHIMENTO.** Mediante diligências realizadas pela ASTEC/CONSEF e pelo próprio autuante restou comprovado que diversas operações arroladas no levantamento fiscal as mercadorias sofreram industrialização, resultou na exclusão dessas operações e a consequente redução do débito exigido. Infração parcialmente subsistente. **4. MULTA PERCENTUAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL, NA AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTADAS NORMALMENTE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** Uma vez comprovado nos autos se tratar das mesmas mercadorias arroladas no levantamento fiscal da infração 04, para as quais restou comprovado que foram objeto de industrialização pelo estabelecimento autuado, afigura-se descabida a exigência. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 18/12/2012, foi efetuado lançamento ICMS e multa no valor total de R\$1.124.683,26, decorrente das infrações a seguir enunciadas:

Infração 01 - 06.01.01. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março a maio e agosto a dezembro de 2009, no valor de R\$26.637,78, sendo aplicada a multa de 60% sobre o valor do lançamento.

Infração 02 - 01.02.02. Utilização indevida de crédito de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março e outubro a dezembro de 2009, janeiro a março, maio e julho a dezembro de 2010, janeiro e fevereiro, abril e maio, julho e setembro a dezembro de 2011, no total de R\$33.122,88, acrescido de multa de 60% sobre o valor do lançamento. Consta que “Bem como mercadorias adquiridas para o ativo imobilizado, classificadas erroneamente como aquisições para industrialização, conforme Anexo II.”

Infração 03 - 06.02.01. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, março e outubro a dezembro de 2009, janeiro a março, maio, julho a outubro e dezembro de 2010, janeiro e fevereiro, julho, setembro e outubro e dezembro de 2011, no total de R\$18.547,88, e acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 03.08.04. Recolhimento a menos ICMS 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, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2009, fevereiro a dezembro de 2010 e fevereiro a dezembro de 2011, no total de R\$848.621,26, e acrescido da multa de 60%. Consta que “Por ter incluído no cálculo do DESENVOLVE operações não sujeitas ao benefício fiscal, contrariando a legislação específica, em especial a Instrução Normativa nº 27/2009, conforme Demonstrativo de Apuração do Desenvolve, Anexo III, Demonstrativo dos Preços e Alíquotas Médias, Anexo IV e Demonstrativo de Entradas de Mercadorias P/Revenda e o Respetivo Débito, Anexo V;

Infração 05 - 07.15.03. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a março, maio a outubro e dezembro de 2009, fevereiro a junho, agosto a dezembro de 2010 e fevereiro a setembro e novembro de 2011. Multa de 60%, perfazendo o valor total de R\$197.753,46.

O autuado apresenta impugnação ao lançamento às fls. 136 a 145. Refutando cada uma das infrações nos seguintes termos.

Afirma que o lançamento correspondente à infração 01, assim como os lançamentos correspondentes às infrações 04 e 05, resultam do entendimento equivocado da fiscalização sobre a extensão e a aplicabilidade dos benefícios para os quais está habilitada perante o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, cuja norma de regência é o Dec. nº 8.205/02.

Observa que as operações objeto da infração 01 estão relacionadas no ANEXO I - FALTA DE RECOLHIMENTO DIFAL - IMOBILIZADO, fls. 15 a 17. Acrescenta asseverando que está desobrigada do recolhimento do diferencial de alíquotas - DIFAL nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo, por força de regra muito clara expressa no §1º do art. 2º do citado decreto, cujo teor transcreve.

Diz que de acordo com o encadeamento legal no aludido decreto, lhe é assegurado o instituto do diferimento no tocante ao pagamento do ICMS correspondente ao diferencial de alíquotas nas aquisições em outros Estados de bens destinados ao ativo fixo, dispensada a habilitação perante a Secretaria da Fazenda. Prossegue informando que, para se revestir de todos os cuidados e segurança para legitimação das suas práticas fiscais, afirma dispor do seu CERTIFICADO DE HABILITAÇÃO DE DIFERIMENTO desde 18/08/2008, antes, portanto, da data da primeira ocorrência

registrada pela fiscalização, conforme consta em documento anexo de 04/02/2013, Doc. 02, fl. 148. Por fim, requer a improcedência da infração 01.

No que tange à infração 02 frisa que além das inconsistências nas descrições dos itens relacionados, os produtos apontados no Anexo II - CRÉDITO INDEVIDO E RESPECTIVA DIFAL, são utilizados como elementos para embalagem dos produtos acabados, permitindo, portanto, ao contrário do que alega o autuante, o correspondente creditamento dos valores do ICMS destacados nos documentos fiscais de aquisição.

Enumera a discriminação de cada um dos itens arrolados no levantamento fiscal.

SELO PARA FITA DE ARQUEAMENTO ZINCADO - São peças metálicas utilizadas no fecho final na embalagem de um conjunto de produtos acabados, conforme pode ser visualizado nas fotos agora anexadas; DOC. 03.

PALLET - São utilizados na embalagem final dos produtos acabados, mesmo que eventual ou transitoriamente ocupem espaços no chão da fábrica. Diz que essa circunstância pode ser constatada pela visualização das fotos anexas, antes e depois de concluída a embalagem. DOC. 04.

ETIQUETA COUCHE VERDE E ETIQUETA BRANCA - São utilizadas para identificação dos produtos acabados, a eles se incorporando como material de embalagem, para identificação dos volumes, conforme pode ser constatado pela visualização das fotografias anexadas, DOC. 05.

DÉBITO DIRETO. - A primeira operação relacionada no Anexo II com a descrição de DÉBITO DIRETO, 16/01/2009, diz respeito à Nota Fiscal nº 062679, emitida por Dow Brasil S.A., cópia anexa, Doc. 06, sendo que a mercadoria é resina, utilizada como matéria prima no processo de produção. A segunda operação, 17/05/2011, diz respeito à Nota Fiscal nº 35983, emitida por LEITBOM S.A., cópia anexa, Doc. 07, relativa à devolução de compra para industrialização, com o crédito fiscal legalmente assegurado.

FRETE SOBRE SEDEX - A descrição da operação é totalmente inconsistente. Trata-se da Nota Fiscal nº 21164, emitida por Cremer S.A., de Santa Catarina, conforme cópia anexa, Doc. 08, que não se refere à frete, mas, a material de embalagem.

Afirma que acatar a glosa do crédito fiscal relacionado com a aquisição de Cesta de Natal no valor de R\$546,48, respondendo pela exigência daí decorrente, segura da inexigibilidade dos demais valores lançados por conta da infração 02.

Ao abordar a infração 03, assegura que segundo a autuação “Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, registradas erroneamente como mercadorias para industrialização, que tiveram o crédito glosado, em conformidade com o Anexo II”, verifica que as operações que serviram de base para o levantamento dessa infração 03 são as mesmas relacionadas na infração 02, devidamente especificadas no Anexo - CRÉDITO INDEVIDO E RESPECTIVA DIFAL.

Ressalta que a mesma fundamentação apresentada para justificar o direito ao crédito fiscal, no tocante à infração 02, serve também para justificar a inexigibilidade no pagamento do diferencial de alíquotas - DIFAL, dado que, os produtos são utilizados em seu processo produtivo, especialmente na embalagem de produtos acabados.

Observa que de igual modo, a exceção fica por conta da aquisição do item Cesta de Natal, cujo valor da diferença de alíquotas de R\$780,68, reconhece a sua procedência, comprometendo-se a quitá-lo quando do deslinde final do processo de julgamento administrativo.

Diz restar comprovada, assim, a improcedência dos demais itens que integram a infração 03.

Quanto à infração 04, frisa que está sendo acusado de ter incluído no cálculo do DESENVOLVE operações não sujeitas ao benefício fiscal, contrariando a legislação específica, em especial a Instrução Normativa 27/2009, conforme Demonstrativo de Apuração do Desenvolve, Anexo III,

Demonstrativo dos Preços e Alíquotas Médias, Anexo IV, e Demonstrativo de Entradas de Mercadorias P/Revenda e o Respectivo Débito, Anexo V”.

Afirma que esse não é o único, mas, o ponto mais importante do lançamento definido nesse item da autuação diz respeito ao entendimento equivocado do autuante de que recebe produtos de fornecedores e os vende sem neles realizar nenhum tipo de transformação, o que resultaria em benefícios indevidos no âmbito do DESENVOLVE.

Menciona que de acordo com o Anexo III - DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO DESENVOLVE, diversos outros itens foram incluídos no mesmo Anexo III, a título de DNVP (débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado, conforme definido na Instrução Normativa nº 27/09). Diz contestar o levantamento fiscal, no tocante às seguintes rubricas incluídas no conjunto tido como DNVP: DIFAL, Revenda de Merc. CFOP 5.102, Devolução de Compra Mat. Uso e Consumo CFOP 5.556 ou 6.556, Outra Saída de MERC. Não Especificada CFOP 5.949 e 6.949, Revenda de Mercadorias CFOP 6102, Vend. Bem do Ativo Imobilizado. Diz que para fundamentar sua contestação junta 36 demonstrativos, anexados aos respectivos Registros de Apuração do ICMS, que espelham fielmente a apuração, mês a mês, dos valores relativos à movimentação fiscal e os efeitos dessa movimentação sobre o DESENVOLVE, com base nos quais fica comprovado que os valores atinentes às mencionadas rubricas não entram no cálculo do DESENVOLVE, conforme anexos, correspondentes ao período jan/2009 a dez/2011, Doc. 09/Doc. 44.

Acrescenta que o autuante destaca ainda a rubrica Revenda de Merc. com CFOP 5.101 ou 6.101, definidas na codificação dos CFOP como “venda de produção do estabelecimento”, sendo a primeira relacionada com vendas para o Estado da Bahia e a segunda com vendas para outros Estados, mas, de “produtos industrializados no estabelecimento”.

Registra que no tocante às saídas codificadas no levantamento fiscal como CFOP 5101 ou 6101 e relacionadas no Anexo III, se constitui razão de nulidade, dado que, não foram relacionadas as operações que seriam objeto da exigência, não lhe permitindo esclarecer os casos, operação por operação. Afirma também que o autuante, em qualquer das rubricas destacadas como DNVP do Anexo III, não cumpriu essa obrigação.

Assinala presumir que o autuante entende que as mercadorias relacionadas no Anexo V - ENTRADA DE MERCADORIA P/REVENDA E O RESPECTIVO DÉBITO ingressaram em seu estabelecimento e dele saíram sem alterações industriais, o que, ainda presumidamente, resulta na exigência das operações codificadas como CFOP 5.101 e 6.101 no Anexo III.

Esclarece que as mercadorias são PELÍCULAS PE STRETCH TPT de diversas dimensões.

Destaca os conceitos de industrialização que estão alinhados no §5º do artigo 2º do RICMS/97, cujo teor transcreve.

Apresenta esclarecimentos sobre os procedimentos adotados após o recebimento dos produtos definidos como PELÍCULAS PE STRETCH TPT, diz anexar o documento denominado DESCRIÇÃO DOS PROCESSOS PRODUTIVOS, Doc. 45, assinado por sua Diretora, tendo, ao final, a formalização de Termo de Responsabilidade, por meio do qual seu Engenheiro que responde perante os órgãos profissionais chancela os procedimentos descritos.

Explica que as PELÍCULAS recebidas, conforme Anexo V - ENTRADA DE MERCADORIA P/REVENDA E O RESPECTIVO DÉBITO, ao contrário do que imagina a fiscalização, não são utilizadas em revendas. Esclarece que tais PELÍCULAS, passam por processos de transformação de pré-estiramento ou rebobinação, conforme constam detalhados no anexo, Doc. 45. Continua frisando que o processo produtivo denominado Filme Stretch Pré-estirado (vide 6ª página do descritivo, Doc. 45), fls. 143, resulta na transformação das chamadas boninas jumbo de 40 kg, 500 mm de largura, 0,023 de espessura, em produtos de 420 a 430 mm de largura, 0,008 a 0,010 mm de espessura e peso de 2 ou 4 kg, conforme pode ser visualizado no conjunto de fotos anexado, Doc. 46.

Assevera que o processo produtivo denominado Filme Stretch Rebobinado - com e sem canudo (vide a 7ª página do descritivo, Doc. 45) resulta na transformação das chamadas boninas jumbo de 40 kg, 420 a 750 mm de largura, em bobinas menores, de 2 a 5 kg, conforme pode ser visualizado no conjunto de fotos agora anexado, Doc. 47.

Diz restar claro que executa nos produtos recebidos transformações que são enquadradas nas hipóteses de industrialização previstas no mencionado §5º do art. 2º do RICMS/97, anteriormente transcrito, seja a própria transformação, inciso I do mencionado §5º, seja o beneficiamento, inciso II do mesmo parágrafo.

Ressalta a absoluta inadmissibilidade de qualquer hipótese que venha considerar como de comércio as operações realizadas, sobre as quais incide o tributo aplicado nas operações de indústria, o IPI - Imposto sobre Produtos Industrializados, conforme pode ser constatado pela juntada que a faz de 95 Notas Fiscais de saídas, onde estão destacados a alíquota do IPI de 15% e o CFOP 5.101 ou 6.101, cobrindo todo o período que foi fiscalizado, do ano de 2009 ao de 2011, Doc. 48 a Doc. 142.

Afirma ser absolutamente inconcebível que algum contribuinte possa engendrar operações econômicas, gerando possibilidades de tributação, sem nenhuma vantagem ou que venha ter algum significado prático, como seriam as operações imaginadas pela fiscalização. Sustenta que a infração 04 também é improcedente.

Quanto à infração 05 observa que segundo a acusação fiscal está sujeita à “Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, em conformidade com o Anexo VI”.

Relata que a infração 05 está relacionada com a infração 04 e, no mérito, o fundamento é o mesmo, ou seja, o tratamento de indústria dispensado nas operações que são de comércio, no entendimento do autuante. Observa que no Anexo VI - ENTRADA DE MERCADORIAS FALTA DE PAGAMENTO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL, e que serve de base para o lançamento relativo à infração 05, estão relacionados os mesmos valores do ICMS que constam da coluna AQUISIÇÕES DE PROD ACABADO COM CFOP 1.101 ou 2.101 do Anexo III - DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO DESENVOLVE, que serve de base para aquela infração 04.

Sustenta que ambas as infrações, 04 e 05, são improcedentes, pois, conforme já amplamente provado não realiza as tais operações de comércio, mas, exclusivamente de indústria, de modo que a fundamentação apresentada para comprovar a inexigibilidade da infração 04, serve, de igual modo, para sustentar a inexigibilidade da infração 05.

Assinala que o dispositivo indicado na autuação, o art. 352-A do RICMS-BA/97 é inaplicável ao caso, dado que se refere especificamente às operações de comércio, operações que assegura não realizar.

Esclarece que em relação aos dispositivos que a fiscalização aponta como infringidos, estão relacionados, além do art. 352-A, o art. 61, que trata de alíquotas, e o art. 125, que trata de prazos, com um detalhe subjacente, mas, que deve ser ressaltado: o §8º do art. 125, também indicado como infringido, não existe no mundo jurídico, pois, dele foi retirado por força de ato revogador, o Dec. nº 11.289, de 30/10/2008, com efeitos a partir de 31/12/2008.

Assegura que de igual modo, a infração 05 também é improcedente.

Destaca que entende haver prestado todos os esclarecimentos necessários à comprovação da evidente improcedência do Auto de Infração referido neste instrumento de defesa, ressalvados os valores de R\$546,48, para a infração 02 e de R\$780,68, para a infração 03.

À fls. 505 a 513, o autuante apresenta informação fiscal aduzindo as seguintes razões em contestação à peça de defesa apresentada.

Em relação à infração 01 frisa que a autuada é beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, através da Resolução 26/2006, em conformidade com o Dec. 8.205/2002, e que dentre os benefícios concedidos não consta o diferimento nas aquisições de ativo imobilizado oriundos de outras unidades da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas. Assevera que o autuado só pode utilizar os benefícios autorizados pela Resolução nº 26/2006, dentre os quais não consta o diferimento nas aquisições de ativo imobilizado oriundos de outras unidades da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.

Frisa que o Certificado de Habilitação apresentado na impugnação, trata de habilitação para diferimento de importações de insumos e ativo imobilizado não sendo aplicado as operações em tela.

Quanto às Infrações 02 e 03 afirma que em parte não assiste razão a autuada, haja vista que as mercadorias elencadas, em sua maioria, não faz jus ao creditamento do ICMS. Observa que os *pallets* adquiridos e constante no Anexo II, são do tipo retornável sendo utilizados os mesmos equipamentos em diversas operações, e logo devem ser classificados como ativo imobilizado, não fazendo direito ao crédito de ICMS integral e imediato pela adquirente. Acrescenta destacando que para comprovar sua afirmação supra, basta analisar as notas fiscais de retorno de *pallets* registrados na escrita fiscal da impugnante, acostada de forma exemplificativa, Doc. 01, fls. 514 a 518, que atestam o retorno para posterior reutilização do ativo em apreço. Menciona ainda que as etiquetas *couche* verde branca também não faz jus ao creditamento do ICMS, haja vista que se trata de material informativo, sendo considerado para uso e consumo.

No que diz respeito ao frete sobre SEDEX, diz verificar que o valor do material de embalagem destacado na nota fiscal acostada foi devidamente creditado e o valor glosado que a impugnante destaca no SINTEGRA como frete sobre sedex e constante no Anexo II da impugnação, não foi devidamente comprovado através de documentação idônea, logo persiste a autuação sobre o creditamento em tela.

Revela que no tocante ao débito direto e selo para fita, assiste razão ao impugnante em ter utilizado o creditamento do ICMS, devendo os mesmos ser expurgados das infrações 02 e 03.

Informa que promoveu a retificação do Anexo II, retirando as entradas de débito direto e selo para fita, resultando na redução do valor devido para R\$28.335,91 para o crédito indevido e R\$11.709,35, para a respectiva diferença de alíquota, conforme planilha refeita, Doc. II.

Ao tratar das infrações 04 e 05 afirma que é imperioso registrar que não procede a alegação do autuado de que não foram relacionados às operações que seriam objeto da exigência fiscal, haja vista o Anexo V do Auto de Infração discrimina todas as notas fiscais consideradas entradas para revenda e seus respectivos débitos proporcionais às saídas.

Quanto às demais rubricas constantes no Anexo III, como DNVP, esclarece que as rubricas e os valores são os mesmos escriturados pela autuada e apresentados apenso a sua impugnação, fls. 158 a 384.

Esclarece que os valores constantes no DNVP do mês de janeiro de 2009, excetuando os de CFOPs 5.101 e 6.101, são os mesmos valores escriturados no livro de apuração da autuada fls. 159 a 161. Arremata afirmando que não persiste a alegação de que não foram apresentadas as operações referentes às rubricas constante no Anexo III.

Pontua que no tocante ao mérito da infração, também não merece guarida os argumentos da defendente, pois foram adquiridas diversas notas fiscais, listadas no Anexo V, de produtos acabados, prontos para comercialização, que devem ser excluídos do cálculo do benefício fiscal. Prossegue assinalando que basta analisar a descrição dos produtos adquiridos e constantes no Anexo V e confrontar com as saídas de mercadorias listadas no Anexo IV, para se concluir que se tratam dos mesmos produtos.

Diz que a título ilustrativo, ao se analisar o primeiro produto constante no Anexo V, denominado “ PELÍCULA PE STRETCH TPT COM 500 x 0,019 mm”, cuja entrada foi realizada pela Nota Fiscal nº 25.461 de 09/01/2009, ao ser confrontada com a saída da Nota Fiscal nº 404 de 11/05/2009, listada no Anexo IV, contata-se que a descrição do produto é idêntica, demonstrando que o produto acabado foi adquirido e revendido sem nenhuma industrialização. Prossegue observando que para facilitar a análise supra, está apensando novamente o Anexo IV do Auto de Infração, Doc. 03, fls. 523 a 590, sem quaisquer alteração, haja vista que a impressão do Anexo acostado originalmente cortou parte da descrição dos produtos, não configurando caso de reabertura de prazo de defesa, pois reiterando a afirmação acima não houve alteração dos dados do anexo reimpresso.

Ressalta que para não restar qualquer dúvida acerca da matéria e também apenas de forma exemplificativa, segue em anexo, doc. 04, fls. 592 a 597, cópias de algumas notas fiscais de entradas, listadas na tabela, fl. 521, e suas respectivas notas fiscais de saídas, da mesma mercadoria, que comprovam que os produtos são adquiridos da mesma forma que são comercializados, sem sofrer quaisquer processo de industrialização. Continua registrando que as notas fiscais acima apresentadas de forma ilustrativa fazem parte do anexo V e IV do Auto de Infração e estão acostadas Doc. 04, fls. 592 a 597.

Sustenta que a alegação da defendente de que o processo produtivo denominado Filme Stretch Pré-estirado resulta na transformação das chamadas boninas jumbo de 40 kg, 500 mm de largura, 0,023 de espessura, em produtos de 420 a 430 mm de largura, 0,008 a 0,010 mm de espessura e peso de 2 ou 4 kg, não pode prosperar, pois, conforme se depreende da análise das Notas Fiscais de Saídas de números 6.379, 5.546, 4.492 e 5.957, constantes no anexo IV do Auto de Infração, citadas de forma exemplificativa, verifica-se que a autuada revende Película Stretch de 40 kg, 500 x 0,040 mm da mesma forma que adquire, sem quaisquer industrialização.

Arremata asseverando que restam infrutíferas as alegações meritórias da impugnante, devendo o lançamento das infrações 04 e 05, permanecerem totalmente procedentes.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração, em razão das provas documentais apresentadas e por considerar insubsistentes os argumentos defensivos. Apresenta demonstrativo de débito, fls. 520 e 521, discriminando os valores remanescentes da infração 02, R\$28.335,91, e da infração 03, R\$11.709,35, mantendo-se inalteradas as infrações 01, 04 e 05.

Intimado a tomar ciência da informação fiscal, fls. 599 e 600, o autuado se manifesta às fls. 603 a 608, consoante resumo a seguir enunciado.

Inicialmente revela que a Informação Fiscal produzida pelo autuante dá margem a contestação de tudo quanto apresentado, pois, ao que parece, não deu a importância que deve ser dada às razões apresentadas em seu arrazoado.

Em relação à infração 01 afirma que o autuante tem uma atitude desidiosa, na medida em que desconsidera seus fundamentos baseados em dispositivos do Dec. nº 8.205/02, que trata do DESENVOLVE. Ainda diz, equivocadamente, que seu Certificado de Habilitação de Diferimento é restrito às operações de importação, quando, na realidade, estão contempladas, além daquelas, as aquisições de insumos produzidos na Bahia e o diferencial de alíquotas nas aquisições de bens do ativo fixo, como está muito bem claro no inciso I do art. 2º do citado Dec. nº 8.205/02, que reproduz.

Observa que o mencionado Certificado de Habilitação de Diferimento, juntado à defesa, (Doc. 02), indica como “Produto Diferimento” os seguintes itens: Bens Ativo Fixo - Insumos - Importação, absolutamente enquadrados na sequência do dispositivo legal acima transcrito.

No tocante às infrações 02 e 03, frisa que o autuante faz referência a alguns itens destacados na defesa. Diz que “Os *pallets* adquiridos pela VALFILM e constantes no anexo II, são do tipo retornável sendo utilizados os mesmos equipamentos em diversas operações, e logo devem ser classificados como ativo imobilizado”. Registra que nesse particular, reside uma grave incongruência: sendo do ativo fixo, como alega o autuante, equivocadamente, não há porque

exigir diferencial de alíquotas, dada a condição de diferimento expressa no inciso I do art. 2º do Dec. nº 8.205/02, acima transcrito. Assegura que ficou constatado na inicial é que os *pallets* integram a embalagem dos produtos, conforme comprovação feita por meio de fotos incluídas na inicial.

Quanto à alegação do autuante de que as etiquetas *couche* verde branca, utilizadas para identificação dos produtos acabados, a eles se incorporando como material de embalagem, nada mais é do que “material informativo”, denota um inaceitável desprezo pelo que alegou em sua defesa. Sustenta que de fato provou que as mencionadas etiquetas são utilizadas mesmo como material integrado à embalagem dos produtos, constatado inclusive com fotos juntadas aos autos.

Menciona que o autuante faz uma incompreensível referência ao frete sobre sedex, ao afirmar que “o valor glosado que a impugnante destaca no SINTEGRA como frete sobre sedex e constante no anexo II da impugnação”. Assegura que o SINTEGRA não foi mencionado na ação fiscal e nem na defesa, e que na impugnação não existe anexo II. Prossegue destacando que aconteceu de fato é que a operação que relaciona à Nota Fiscal nº 21.164, não se refere a frete, mas, ao fornecimento de material de embalagem.

Quanto às infrações 04 e 05, menciona que o autuante apresenta as suas justificativas de forma difusa, confusa e cercadas de incompletude. Registra que o autuante inicia suas justificativas levantando um aspecto que serve tanto para lhe confundir quanto ao Julgador, ao firmar que “não procede a alegação da autuada de que não foram relacionados [sic] às (sic) operações que seriam objeto da exigência fiscal, haja vista o Anexo V do Auto de Infração discrimina todas as notas fiscais consideradas entradas para revenda e seus respectivos débitos proporcionais às saídas”. Sustenta que ao alegar em sua defesa a ausência de listas das operações, estava se referindo às operações de saídas (não de entradas como tenta justificar o autuante), codificadas com o CFOP 5.101 e 6.101. Relembra que na defesa afirmou que: “No tocante às saídas codificadas pelo Senhor Autuante como 5.101 ou 6.101 e relacionadas no Anexo III da Ação Fiscal, cabe até destaque para uma razão de nulidade, dado que, o mesmo autuante não relaciona as operações que seriam objeto da exigência, não permitindo à defendente esclarecer os casos, operação por operação.” Diz que o autuante não cumpre essa obrigação com relação a quaisquer das rubricas destacadas como DNVP do Anexo III.

Afirma que as operações de saídas relacionadas no Anexo IV da ação fiscal e juntado novamente no seu instrumento de Informação Fiscal, fls. 521 e seguintes, não serve para tal fim, pois, elaborado para demonstrativo de preços e alíquotas.

Quanto à informação de que as demais rubricas constantes do anexo III são as mesmas apresentadas na impugnação, frisa que tal afirmação não corresponde a realidade, basta ver os dados que estão no citado anexo III e a realidade espelhada nos 36 demonstrativos (Doc. 09 ao Doc 44, anexados à defesa), que foram apresentados com o fim específico de demonstrar as incorreções cometidas no levantamento fiscal.

Menciona que o autuante comete alguns equívocos ao falar sobre o mérito da infração e sustentar que a mercadoria recebida é a mesma vendida, tomando como referência apenas a largura e espessura das películas vendidas. Esclarece que: em primeiro lugar, uma película recebida com a espessura de 0,030 mm pode ser transformada e vendida com a espessura de 0,025 mm; a de 0,025 pode ser transformada e vendida com espessura de 0,019 mm; a de 0,019 mm pode ser transformada e vendida com a espessura de 0,010 mm, tudo isso pela aplicação do processo de industrialização denominado de pré-estiramento. Acrescenta ressaltando que além do pré-estiramento, as bobinas de película recebidas passam por outro processo de industrialização denominado de rebobinação, que consiste na transformação das bobinas jumbo de 40 kg em bobinas menores de 2 a 5 kg. Destaca ainda que outro processo que é aplicado às bobinas é a divisão das mais largas, de 750 mm, por exemplo, em bobinas mais estreitas.

Esclarece que os produtos vendidos se destinam a supermercados, armazéns ou outras unidades, que os utilizam na embalagem de produtos alimentícios, em especial carnes ou derivados do

leite, e nesse contexto, as bobinas jumbo de 40 kg, recebidas, são repassadas aos adquirentes em configurações diferentes, seja no peso, na largura ou na espessura.

Diz que o fundamental, é que suas operações de venda estão sujeitas à incidência do imposto específico das operações de industrialização, o IPI, aplicado com base numa alíquota de 15%, que não é baixa, ressalte-se, conforme deixou comprovado na sua defesa, pela juntada de 95 notas fiscais (Doc. 48 a Doc. 142 da defesa). Afirma ser inconcebível que algum contribuinte possa engendrar operações econômicas, gerando possibilidades de tributação, sem vantagem alguma ou que venha ter algum significado prático, como seriam as operações imaginadas pelo autuante.

Assegura que o autuante tenta fazer conexões não associáveis, de que o produto vendido por meio da Nota Fiscal nº 404 de 11/05/2009 é, necessariamente, o mesmo produto adquirido por meio da nota fiscal nº 25.461. Afirma que o autuante engana-se, eis que na Nota Fiscal nº 404, cópia anexa, DOC. 02, consta na descrição do produto a indicação da OP (Ordem de Produção) nº 14.873, agora também anexada, Doc. 02-A, com base na qual é possível comprovar que a PELÍCULA DE POLIETILENO STRETCH TRANSPARENTE 500 x 0,019 mm foi produzido em sua unidade pela industrialização de matéria prima fornecida pela Braskem - PELBD - LL4800N. Acrescenta que entre as operações relacionadas pelo autuante, destaca a venda processada por meio da Nota Fiscal nº 12.115, que o autuante entende como associada à Nota Fiscal de entrada nº 21.898. Engana-se o autuante na Nota Fiscal nº 12.115, cópia anexa, DOC. 03, consta na descrição do produto a indicação da OP (Ordem de Produção) nº 24.814, agora também anexada, DOC. 03-A, com base na qual é possível comprovar que a PELÍCULA PE STRETCH TPT COM 500 x 0,023 mm foi produzido em sua unidade, pela industrialização de matérias primas de diversas naturezas, inclusive aditivos químicos. Arremata frisando que melhor destino não é reservado às operações relativas à Nota Fiscal nº 4492, cópia anexa, à fabricação de PELÍCULAS, em sua própria unidade, pela aplicação de diversas matérias primas, inclusive aditivos químicos. (As referências às Nota Fiscais nº 4492 e nº 5957.

Cita que os exemplos que o próprio autuante levanta e que são, comprovadamente, desprovidos de legitimidade, como aqui ficou comprovado, permitem assegurar o evidente grau de aleatoriedade em que foi construída a ação fiscal. Diz que o autuante montou uma relação de operações de entradas de mercadorias que ele presume serem revendidas sem nenhum processamento industrial, o que denota indiscutível insegurança jurídica, comprometendo a validade de uma ação do Estado, que busca se apropriar indevidamente de rendas do particular, circunstância que espera seja corrigida por esse CONSEF.

Afirma que a própria natureza da infração 04 compromete a exigência, na medida em que o autuante tem como base as entradas das mercadorias para presumir as saídas, num procedimento marcado por indiscutível insegurança, o que também dá margem para alegação da razão de nulidade levantada, por não saber o detalhamento das operações de saídas que estariam sujeitas à exigência. Ressalta ainda que o valor das saídas é estimado por diferença, com base no anexo III da Ação Fiscal.

Remata assinalando que em razão do quanto aduzido requer a realização de diligência a ser realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito para constatação da regularidade dos seus procedimentos, notadamente a inexistência das operações de comércio alegadas pelo autuante.

Conclui ratificando os pedidos formulados na inicial, acrescentando os agora apresentados.

O autuante presta nova informação fiscal, fls. 623 a 625, acerca da manifestação do contribuinte, assinalando que, ante a não apresentação de qualquer fato novo relevante que o pudesse elidir as infrações apontadas no lançamento fiscal em comento, reitera todas as razões expostas na Informação Fiscal e pugna pela procedência parcial do Auto de infração, nos moldes definidos na peça inicial e na Informação fiscal.

Em pauta suplementar, esta 3ª JJF converte os autos em diligência à ASTEC - CONSEF, fl. 629, para que diligente designado intimasse o autuado para em relação às infrações 02 e 03 : “a) apresentar

comprovação através de documentos fiscais e escrituração em sua contabilidade, de que os “Pallets” integram o acondicionamento dos produtos vendidos, conforme alegado na defesa, a despeito do autuante ter identificado operações de retorno de “Pallets”, Danfes DE nºs 4010, 3989, 3967, e 3921, fls. 515 a 551; e b) comprovar através da documentação fiscal correspondente a legitimidade da utilização do crédito fiscal referente a “Frete sobre SEDEX”, relativo à aquisição através da Nota Fiscal nº 21164, indicado no Anexo III, fl.18”. E no tocante às infrações 04 e 05: “a) apresentar descrição de forma detalhada do processo produtivo realizado em seu estabelecimento e aplicado nas “Películas de Polietileno Stretch Transparente” mercadoria adquirida e arrolada no levantamento fiscal, b) apresentar planilha constando todas as notas fiscais de saída emitidas no período fiscalizado com a identificação e especificação do produto elaborado destacando a intervenção sofrida em relação as mercadorias adquiridas, com a finalidade de comprovar a efetiva industrialização alegada na defesa.”

No resultado da diligência realizada pela ASTEC consubstanciado no Parecer ASTEC nº 0124/2013, fls. 632 a 635, consta que, depois de implementar as solicitações enunciadas no pedido de diligência e se embasar nos elementos fornecidos pelo autuado e coletados no estabelecimento fabril do autuado, fls. 636 a 714, precipuamente a descrição do processo produtivo realizado pelo estabelecimento autuado no tocante aos produtos arrolados no levantamento fiscal, a diligente chegou as conclusões a seguir resumidas.

Em relação às infrações 02 e 03, ao cuidar da movimentação dos “Pallets” constatou que o autuado utiliza estas mercadorias como embalagens dos seus produtos acabados e que as aquisições são escrituradas no livro fiscal utilizando o CFOP 1.101 ou 2.101 (aquisições de mercadorias para utilização em processo industrial), sendo essas compras contabilizadas na conta de estoques de embalagens e quando da sua utilização são feitas requisições de produção sendo contabilizadas na conta de custo de embalagens, conforme lançamento contábil abaixo e de acordo com os documentos apresentados:

AQUISICÕES

D – 11210.00003 – ATIVO – ESTOQUE MATERIAL DE EMBALAGEM

C – 21101.00001 – PASSIVO – FORNECEDORES

CONSUMO CONFORME REQUISICÕES DE PRODUÇÃO

D – 31101.00005 – RESULTADO – CUSTO MATERIAL DE EMBALAGEM

C – 11210.00003 – ATIVO – ESTOQUE MATERIAL DE EMBALAGEM.

No tocante a questão da legitimidade da utilização do crédito fiscal referente a frete sobre SEDEX, informa que o autuante apresenta a Nota Fiscal nº 21164, cópia fl. 694, referente aquisição de FITA DUPLA FACE TIPO 605-300 mm, utilizada no processo de embalagem do produto acabado, e que foi transportada através dos Correios. Assevera que apesar de no campo próprio a aludida nota fiscal registrar que o frete é por conta do emitente, o valor total da nota inclui o valor do frete destacado, inclusive com alusão deste fato no campo “informações complementares”. Informa que o contribuinte comprovou ter arcado com o custo do frete que teve seu valor adicionado ao valor da nota fiscal e dessa forma foi registrada em sua escrita fiscal.

No que diz respeito às infrações 04 e 05 a diligente, depois de informar que anexa aos autos fotos com imagens do processo industrial da diligenciada, conclui que, que pelo quanto observado na visita in loco mencionada, as entradas das mercadorias “Películas PE Stretch TPT”, consideradas como para revenda pelo autuante, passam por alterações industriais quando ingressam no estabelecimento do autuado, que à luz do disposto no §5º do art. 2º do RICMS-BA/97, se enquadram no conceito de industrialização.

O autuado intimado a tomar ciência do resultado da diligência, fls. 716, não se manifestou nos autos no prazo regulamentar.

Ao prestar informação acerca do resultado da diligência, fls. 718 a 712, o autuante depois de sintetizar o teor do parecer ASTEC nº 124/2013, articulou as seguintes ponderações.

Em relação ao frete sobre sedex, Assinala que, apesar da autuada anexar o documento fiscal e informar que se trata de frete de material de embalagem, a glosa deverá ser mantida haja visto

que conforme informa o fiscal diligente, consta no documento que o frete é por conta do emitente, ou seja, do fornecedor do suposto material de embalagem.

Quanto à conclusão da diligência relativa às infrações 04 e 05, frisa mais uma vez que o autuado produz e adquire o mesmo produto, logo adquire para revenda parte das mercadorias comercializadas e produz a outra parte. Registra que parte das aquisições de produtos acabado vem da VALFILM AMAZONIA INDÚSTRIA E COMERCIO LTDA, CNPJ 03.071.894/0001-07, empresa do mesmo grupo, que produz em Manaus e revende o produto acabado para VALFIM/BA. Arremata sustentando que somente considerou como entradas para revenda no Anexo V, as mercadorias adquiridas prontas para revenda.

Destaca que em alguns casos as mercadorias adquiridas para revenda chegam a vir personalizadas com o nome do futuro destinatário, como no caso das aquisições das Notas Fiscais de nºs 25.461 de 09/01/2009 e 3.935 de 14/08/2009, citadas de forma exemplificativa, constantes no anexo V, que trazem em sua descrição o nome do futuro adquirente. Acrescenta afirmando que para corroborar com esse entendimento, basta que se analise a descrição dos produtos adquiridos e constantes no anexo V e confrontar com as saídas de mercadorias listadas no Anexo IV, que concluirá que se tratam dos mesmos produtos.

Ilustra com a análise do primeiro produto constante no Anexo V, denominado “PELÍCULA PE STRETCH TPT COM 500 x 0,019 mm”, cuja a entrada foi realizada pela Nota Fiscal nº 25.461 de 09/01/2009, frisando que e confrontado com a saída da Nota Fiscal nº 404 de 11/05/2009, listada no anexo IV, verifica-se que a descrição do produto é idêntica, demonstrando que o produto acabado foi adquirido e revendido sem nenhuma industrialização, inclusive com o nome do destinatário.

Reitera seu entendimento de que o autuado produz parte de suas vendas e adquire pronto para revenda a outra parte, que deverá ser excluída do Desenvolve. Prossegue assegurando que apesar do esforço da diligente em tentar esclarecer os fatos, o mesmo considerou apenas os produtos industrializados pelo autuado, sem considerar os produtos adquiridos para revenda, que no caso específico são idênticos aos produzidos.

Cita que os esclarecimentos trazidos no Parecer ASTEC/CONSEF nº 124/2013, apresenta o mesmo teor das explicações apresentadas pela empresa fls. 636 a 637.

Observa que mesmo que este Conselho entenda pertinente as respostas trazidas na Diligência apresentada, e que os produtos excluídos do Desenvolve foram efetivamente industrializado, os mesmos deverão apenas ser eliminados do demonstrativo de apuração anexo III, haja vista que mesmo com estas supressões a infração persiste, porém em montante inferior ao originalmente lançado.

Conclui pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração, conforme delimitado em sua Informação Fiscal, fls. 505 a 513.

Por entender que ocorrera cerceamento de defesa, ante a falta de enfrentamento, por esta 3ª JJF, das alegações defensivas ao questionar o demonstrativo de fl. 20, subsidiado com a documentação acostada às fls. 157 a 384, bem como por não ter procedido no referido demonstrativo à exclusão dos valores correspondentes ao crédito das operações indicadas na coluna de produtos acabados CFOPs 1.101 e 2.101, a 1ª Câmara deste CONSEF decidiu prover o Recurso Voluntário interposto pelo impugnante e através do Acórdão CJF Nº 0411-11/14, fls. 767 a 772, anulou a decisão de primeira instância desta 3ª JJF exarada no Acórdão nº 0064-03-14, determinando o retorno dos autos a esta Junta para novo julgamento.

Esta 3ª Junta decidiu converter os autos em diligência, fl. 789, para que o autuante: *i*) prestasse informação, consoante determinação do §6º do art. 127 do RPAF-BA/99, abrangendo todos os aspectos abordados pelo impugnante a respeito dos créditos e débitos não vinculados ao projeto, fls. 141 e 142, da defesa e reafirmados no Recurso, fls. 755 e 756, e, caso necessário, efetuar os ajustes cabíveis; *ii*) elaborasse novo “Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, - Anexo III,

fl. 20, considerando que as PELÍCULAS PE STRECHT TPT foram também industrializadas pelo autuado, ou seja, excluindo do demonstrativo as colunas, “Revenda de Mercadorias com CFOP 5.101 ou 6.101”, “Aquisições de Produto Acabado com CFOP 1.101 ou 2.101”, e quaisquer outras operações com PELÍCULAS PE STRECHT TPT que tenham sido consideradas como produto acabado.

Ao atender o pedido de diligência, fls. 792 a 796, o autuante informa inicialmente que mantém seu entendimento, já manifestado por ocasião da diligência realizada pela ASTEC, de que algumas aquisições do autuado se referem a produto acabado e revendido sem qualquer industrialização. Observa que caso não seja este o entendimento do Relator, em cumprimento ao item 02 do pedido de diligência, elaborou novo “Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, fl. 797, e CD à fl. 799, com a exclusão das operações constantes das colunas, “Revenda de Mercadorias com CFOP 5.101 ou 6.101”, “Aquisições de Produto Acabado com CFOP 1.101 ou 2.101”, reduzindo o valor de débito originalmente lançado para R\$719.210,57.

Registra que a alegação do autuado de desconhecer completamente a inclusão dos valores constantes do Anexo III, sob as denominações de DIFAL, REVENDA DE MER. CFOP 5.102, DEVOLUÇÃO DE COMPRA MAT. USO E CONSUMO CFOPs 5.568 ou 6.556, OUTRA SAÍDA DE MERC. NÃO ESPECIFICADA CFOPs 5.949 ou 6.949, REVENDA DE MERC. CFOP 6.102 e VEND. BEM DO ATIVO IMOBILIZADO, não merece guarida, pois os valores foram extraídos do próprio livro Registro de Apuração de ICMS apresentado, conforme cópia em meio magnético anexo.

No tocante à alegação de que DIFAL e DEVOLUÇÃO DE COMPRA MAT. USO E CONSUMO CFOP 5.556 ou 6.556 não causam qualquer efeito no cálculo do DESENVOLVE, demonstra total desconhecimento do cálculo do benefício fiscal, uma vez que a IN 27/2009 é clara sobre a exclusão destes valores ao classificá-los como não vinculados ao projeto aprovado. Arremata sustentando serem infrutíferas as alegações do impugnante.

Declara que, caso sejam consideradas as PELÍCULAS PE STRECHT TPT como produtos industrializados pelo autuado e consequentemente expurgadas da infração 04, a infração 05, por se tratar de cobrança de antecipação parcial de produtos adquiridos terá que ser considerada imprecudente.

Intimado a tomar ciência do resultado da diligência, fls. 801 e 805, o sujeito passivo não se manifestou no prazo regulamentar.

Na assentada do julgamento o representante do autuado, em sustentação oral reafirmou todas as alegações e argumentos aduzidos na defesa e na manifestação já constantes dos autos.

A julgadora, Alexandrina Natália Bispo dos Santos, declarou-se impedida para participar do julgamento, uma vez que atuou no feito como diligente designada pela ASTEC/CONSEF.

VOTO

Inicialmente, constato que o Auto de Infração foi lavrado em obediência as formalidades inerentes ao procedimento de fiscalização, com intimação para entrega dos documentos fiscais, identificação do sujeito passivo, descrição clara das infrações e do cálculo dos valores lançados nos demonstrativos, alicerçado nas provas obtidas, inclusive por meio de diligências realizadas, e colacionadas aos autos.

Assim, diante da inexistência de quaisquer vícios formais no Auto de Infração, passo ao exame de mérito da autuação que consiste de cinco infrações à legislação tributária baiana.

A infração 01 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

O impugnante refutou a acusação fiscal sob o fundamento de que é beneficiário do Programa Desenvolve e possui Certificado de Habilitação de Diferimento desde 18/08/2008, cuja cópia

colaciona à fl. 148, e cita a previsão do benefício contemplada no inciso I, do art. 2º, do Dec. 8.205/02.

Ao prestar informação fiscal o autuante asseverou que, de acordo com a Resolução do Desenvolve nº 26/2006 que instituiu o benefício, não consta dentre os benefícios concedidos o diferimento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais para o ativo imobilizado. Assegurou que o Certificado de Habilitação apresentado na impugnação trata somente de habilitação para importações de insumo e ativo imobilizado, não se aplicando nas operações em questão.

Depois de examinar os elementos coligidos nos autos em torno desse item constato que assiste razão o autuado, tendo em vista que ao compulsar a Resolução nº 26/2006, verifico que efetivamente consta em seu teor o benefício de diferimento nas aquisições de bens para o ativo imobilizado. Do mesmo modo, o art. 2º, inciso I, do Dec. 8.205/02 prevê o diferimento nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, tanto internamente, como importados. Como o autuado também possui o Certificado Habilitação de Diferimento, fl. 609, deve prevalecer, a fruição do benefício expressamente constante da Resolução que concede o diferimento do ICMS.

Assim, resta descaracterizada o item 01 da autuação.

As infrações 02 e 03 tratam, respectivamente, da utilização indevida de crédito fiscal e da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, e destinadas a consumo do estabelecimento. A exigência decorre das mesmas operações e notas fiscais discriminadas no demonstrativo “Anexo II - Crédito Indevido e Respectiva Difal”, fls. 18 e 19.

Em sede defesa, o impugnante somente acolheu as operações relativas à aquisição de Cesta de Natal, aduziu que os demais itens do levantamento fiscal são materiais de embalagens, frete de embalagem.

O autuante reconheceu assistir razão ao autuado no que diz respeito aos itens arrolados no levantamento identificado como “Débito Direto” e “Selo para Fita” e manteve as demais exigências sob o fundamento de que os *Pallets* não são materiais de embalagens, pois, pertencem ao ativo fixo e são retornáveis.

Em pauta suplementar, esta JJF converteu os autos em diligência para que diligente designado pela ASTEC, promovesse a identificação, *in loco*, da utilização pelo autuado dos *Pallets* e do item Frete SEDEX, constantes do levantamento fiscal.

Em sua conclusão, o diligente apurou que, efetivamente, os *Pallets* são utilizados como material de embalagem e integram o produto vendido, comprovando, inclusive, com arrimo na escrituração contábil do autuado. Esclareceu também as circunstâncias que envolveram as notas fiscais de devolução de *Pallets* apontadas pelo autuante como comprovação de que esse item pertencia ao ativo fixo do autuado. Demonstrou também a diligente que o item “Frete de SEDEX”, encontrava-se indevidamente arrolado no levantamento fiscal por equívoco, pois, restou comprovado a legitimidade da utilização do crédito fiscal referente à frete sobre SEDEX e que o autuado registrou corretamente em sua escrita fiscal.

Assim, depois compulsar todos os elementos coligidos em torno dessas infrações, precipuamente o resultado da diligência da ASTEC, constato que a quase totalidades dos itens arrolados no levantamento fiscal é constituída de material de embalagem, e que por isso, devem ser excluídas essas operações da apuração do débito, remanescendo, tão-somente, o item Cesta de Natal que resulta na redução da exigência para R\$546,48 - infração 02 e R\$780,68 - infração 03 no mês de dezembro de 2010, fl. 19.

Logo, restam parcialmente subsistentes as infrações 02 e 03.

Quanto à infração 04 imputa a defendente o recolhimento a menos do ICMS 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, conforme apuração discriminadas nas planilhas “Anexo III - Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, fl. 20 e “Anexo IV - Entradas de Mercadorias p/ Revenda e Respetivo Débito” fls. 106 a 119.

Em sede defesa, o autuado refutou a acusação fiscal esclarecendo que o produto PELÍCULAS PE STRETCH TPT não é adquirido para revenda, informando que todas as aquisições são processadas sofrendo transformação em suas espessuras, largura e comprimento.

O autuante manteve a autuação sustentando que existem operações com esse produto cuja saída do estabelecimento ocorreria sem qualquer transformação, exemplificando com notas fiscais de saídas correlacionadas com notas fiscais de entradas cujas vendas chegam a vir personalizadas com o nome do futuro destinatário.

Diante da divergência instalada, a 3ª JF, converteu os autos em diligência para a ASTEC /CONSEF-SEFAZ, solicitando que fosse intimado o defendente a comprovar de forma inequívoca que todas as aquisições do produto PELÍCULAS PE STRETCH TPT, único item arrolado no levantamento fiscal atinente às infrações 04 e 05, são todas submetidas ao seu processo produtivo, ou seja, a alegada não ocorrência, no período fiscalizado, de qualquer saída do aludido produto revendido sem sofrer transformação.

O Parecer nº 124/13 da ASTEC que consubstanciou o resultado da diligência concluiu categoricamente - depois de examinar *in loco* o processo produtivo do autuado e de examinar as notas fiscais de entradas e de saídas do período fiscalizado - que as películas passam por transformações industriais quando ingressam no estabelecimento do autuado. Enfatizou ainda a diligente em seu opinativo que, à luz do §5º do art. 2º do RICMS-BA/97, as operações arroladas no levantamento fiscal se enquadram no conceito de industrialização.

Entendo que não deve prevalecer a ponderação do autuante de que algumas notas fiscais já ingressavam no estabelecimento autuado com o nome do futuro destinatário, tendo em vista que o levantamento realizado pela diligente, com base no exame realizado no processo produtivo do estabelecimento fabril e na documentação fiscal correspondente apresentada pelo impugnante não identificou quaisquer saídas de mercadorias que não tivessem sido submetidas ao processo industrial do autuado no período fiscalizado.

Considerando o julgamento em Segunda Instância deste pela 1ª CJF através do Acórdão CJF Nº 0411-11/14 que anulou a decisão desta 3ª JF - Acórdão JF Nº 0064-03/14 e fez retornar os autos para novo julgamento de piso, os autos foram convertidos em diligência, fl. 789, para que o autuante: i) prestasse informação abrangendo todos os aspectos abordados pelo impugnante a respeito dos créditos e débitos não vinculados ao projeto, fls. 141 e 142, da defesa e reafirmados no Recurso Voluntário, fls. 755 e 756, e, caso necessário, efetuasse os ajustes cabíveis; ii) elaborasse novo “Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, - Anexo III, fl. 20, considerando que as PELÍCULAS PE STRECHT TPT foram também industrializadas pelo autuado, ou seja, excluindo do demonstrativo as colunas, “Revenda de Mercadorias com CFOP 5.101 ou 6.101”, “Aquisições de Produto Acabado com CFOP 1.101 ou 2.101”, e quaisquer outras operações com PELÍCULAS PE STRECHT TPT que tenham sido consideradas como produto acabado.

O autuante apresentou o resultado da diligência esclarecendo que todos os valores constantes das colunas: DIFAL, REVENDA DE MER. CFOP 5.102, DEVOLUÇÃO DE COMPRA MAT. USO E CONSUMO CFOPs 5.568 ou 6.556, OUTRA SAÍDA DE MERC. NÃO ESPECIFICADA CFOPs 5.949 ou 6.949, REVENDA DE MERC. CFOP 6.102 e VEND. BEM DO ATIVO IMOBILIZADO, constantes do Anexo III - Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, fl. 20, que apurou o débito da infração 04 foram todos extraídos do próprio livro Registro de Apuração do ICMS do autuado, conforme cópia anexada em meio magnético. Sustentou não merecer guarida a alegação do impugnante de que desconhece os valores incluídos no referido Anexo.

Depois de mencionar a forma clara como a Instrução Normativa nº 27/2009 identifica a exclusão dos valores para o cálculo do DNVP e CNVP na apuração do DESENVOLVE, o autuante observou que, ao alegar que as rubricas “DIFAL”, “DEVOLUÇÃO DE COMPRA MAT. USO CONSUMO”, CFOP 5.556 e 6.556 não causam qualquer efeito no cálculo do DESENVOLVE, o defendente demonstra seu total desconhecimento do cálculo do benefício.

Em relação à solicitação constante do item 02 do pedido de diligência, para exclusão das operações constantes das colunas, “Revenda de Mercadorias com CFOP 5.101 ou 6.101”, “Aquisições de Produto Acabado com CFOP 1.101 ou 2.101” informou que elaborou novo “Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, fl. 797, e CD à fl. 799, contemplando a exclusão, que resultou diminuição do valor de débito originalmente lançado para R\$719.210,57.

Depois de compulsar os elementos carreados aos autos em decorrência da diligência atendida pelo autuante, cujo teor foi dado vistas ao defendente, fls. 801 e 805, que não se manifestou no prazo regulamentar, constato que assiste razão ao autuante em seus argumentos articulados e comprovados em sua conclusão.

É patente que a Instrução Normativa nº 27/2009, ao disciplinar a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, enumera, de forma inequívoca, todas as operações que integram o cálculo do DNVP - débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado e o CNVP - créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.

Verifico que os valores das operações que remanescem no “Anexo III Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, fl. 797, foram obtidos da escrituração fiscal do autuado do livro RAICMS e correspondem exatamente aos itens previstos na IN 27/2009, *in verbis*:

DNVP:

- 2.1.1. *Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros - 5.102 e 6.102;*
- 2.1.20. *Operações com bens de ativo imobilizado e materiais para uso ou consumo - 5.550 e 6.550;*
- 2.1.23. *Outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços - 5.900 e 6.900 (exceto dos códigos 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado);*
- 2.1.24. *Débitos de Diferença de alíquotas;*

CNVP:

- 2.2.21. *Outras entradas de mercadorias ou aquisições de serviços -1.900 e 2.900 (exceto dos códigos 1.910, 1.911, 2.910 e 2.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado).*

Assim, resta evidenciado que os demonstrativos com o detalhamento apresentados pelo autuado em sede defesa, fls. 158 a 384, sem qualquer esclarecimento ou indicação da base legal adotada, refletem, tão-somente, o seu entendimento [sem qualquer convergência com a IN Nº 27/2] de que as parcelas por ele não consideradas não produzem efeito no cálculo do Desenvolve. Logo, não há como prosperar a sua pretensão, haja vista que as operações constantes do novo demonstrativo elaborado pelo autuante correspondem exatamente aos CFOPs previstos na IN Nº 27/2009, e devem, efetivamente, compor a apuração do DNVP e do CNVP. Portanto, é descabida a alegação da defesa de que as operações arroladas no levantamento fiscal não entram no cálculo do Desenvolve.

Nesses termos, com a exclusão das colunas, “Revenda de Mercadorias com CFOP 5.101 ou 6.101”, “Aquisições de Produto Acabado com CFOP 1.101 ou 2.101”, acolho os valores apurados na conclusão da diligência que reduz o valor do débito para R\$719.210,60.

Concluo que o item 04 da autuação afigura-se parcialmente caracterizado, consoante discriminado no demonstrativo acostado à fl. 797.

A infração 05 exige multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

As mercadorias arroladas no demonstrativo de débito desse item da autuação são as mesmas que deram origem às exclusões procedidas na infração 04.

Logo, comprovado que não se tratam de mercadorias para comercialização, e sim, para transformação industrial, não há como prosperar a acusação fiscal, eis que, somente se aplica a multa prevista no inciso II, alínea “d” do art. 42 da Lei 7.014/96, quando descumprido o art. 352-A do RICMS-BA/97, ou seja, antecipação parcial que somente vigora nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização.

Nesses termos, é insubsistente o item 05 da autuação.

Por tudo o quanto expendido, concluo pela caracterização parcial da autuação nos termos discriminados.

COMPARATIVO DE DÉBITO			
INFR	A. I.	JULGAMENTO	
01	26.637,78	0,00	IMPROCEDENTE
02	33.122,88	546,48	PROC. PARTE
03	18.547,88	780,68	PROC. PARTE
04	848.621,26	719.210,60	PROC. PARTE
05	197.753,46	0,00	IMPROCEDENTE
TOTAIS	1.124.683,26	720.537,76	

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **281082.0024/12-0** lavrado contra **VALFILM NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$720.537,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, e inciso II, alínea “f”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR