

PROCESSO	- A. I. Nº 207093.0012/06-4
RECORRENTE	- CENTRAB-CENTRAL DE AÇOS DA BAHIA LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0014-03/07
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 11/12/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0462-12/07

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. PROGRAMA DESENVOLVE. MERCADORIA NÃO PRODUZIDA NESTE ESTADO. O Programa Desenvolve restringe o benefício do diferimento do ICMS às mercadorias destinadas ao ativo imobilizado. Infração comprovada. Afastada a preliminar de nulidade suscitada. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a referida Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0014-03/07, que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe.

Cinge-se o Recurso Voluntário à análise e apreciação da infração 1, assim descrita:

“Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que, “por transgressão ao artigo 2º, inciso IV do Decreto nº 8205, de 03/04/02 – DESENVOLVE, que restringe o benefício do Diferimento do ICMS às mercadorias produzidas no Estado da Bahia, não alcançando mercadorias produzidas em outras unidades da Federação”, no período de agosto de 2004 a maio de 2006. Valor do débito: R\$546.954,76”.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 268 a 276), alegando que se trata de empresa que opera na comercialização de aços em geral, exercitando também outras atividades relacionadas com o ramo, e no exercício de suas atividades celebra transações negociais com diversas empresas, inclusive do setor de construção civil e da indústria, no sentido de fornecer materiais, insumos e equipamentos a serem utilizados nos projetos e construções civis e em instalações industriais. Quanto ao primeiro item do Auto de Infração, transcreveu o art. 2º e seu inciso IV, do Regulamento do Programa Desenvolve, e salientou que o diferimento consiste no deslocamento da exigência do tributo para um momento posterior àquele em que ocorreu o fato imponível originário, e somente ocorrerá o fato imponível se e enquanto ocorrer uma operação subsequente de circulação da mercadoria, e caso haja o fato posterior, o sujeito passivo não será mais aquele que praticou a primeira operação. Disse que o inciso IV, do art. 2º, do Regulamento do Programa Desenvolve veicula três situações nas quais é permitido o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, e o autuado se situa na terceira hipótese, e por isso, entende que é descabida a autuação fiscal, ou seja, o autuado forneceu mercadorias previstas no citado Regulamento para integrar o ativo imobilizado das empresas que a contratou, sendo que tais mercadorias destinaram-se a integrar o ativo imobilizado dessas empresas adquirentes. Disse que forneceu as mercadorias objeto da autuação para empresas que estão habilitadas no Programa Desenvolve (Elekeiroz S/A, Cobafi, Sansuy S/A e Queiroz Galvão). Apresentou o entendimento de que o diferimento levado a efeito encontra guarida na legislação estadual, não podendo ter seus efeitos aniquilados, para fazer valer uma autuação que não observou a previsão regulamentar. Finalizou pedindo a improcedência da infração 1.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 382/383 dos autos, disse que a discussão quanto à primeira infração é exclusivamente no campo interpretativo do art. 2º, inciso IV, do Decreto 8.205, de 03/04/2002, tendo em vista que, no seu entendimento, o mencionado dispositivo regulamentar deixa claro que as mercadorias, para efeito do benefício de diferimento, devem ser adquiridas pelas beneficiárias ou pelas empresas contratadas, habilitadas no Programa Desenvolve, e no

caso em tela, o autuado está revendendo mercadorias adquiridas em outras Unidades da Federação, das quais se apropriou do crédito fiscal, e neste caso, não está alcançado pelo benefício fiscal. Disse que o autuado não se enquadra como empresa contratada por contribuinte habilitado no Programa Desenvolve, conforme citado nas razões de defesa à fl. 274. Por fim, apresentou o entendimento de que o presente processo deve ser convertido em diligência à GETRI para que esta manifeste o seu entendimento quanto à interpretação do inciso IV, do art. 2º, do Decreto 8.205/02, como meio de dirimir a dúvida suscitada. Requeru a procedência das infração 1.

Através do Acórdão JJF n.0014-03/07, decidiu a 3. Junta de Julgamento Fiscal pela procedência da infração 1, sob o entendimento de que:

- a) não deve ser acatado o pedido do autuante de realização de diligência “... com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, e não ficou caracterizada a necessidade de realização de diligência, diante do levantamento fiscal efetuado com base nos documentos fiscais do autuado e na legislação pertinente”;
- b) quanto à primeira infração, decidiu que “De acordo com as notas fiscais objeto da autuação, acostadas ao PAF (fls. 23 a 102), o autuado forneceu mercadorias para as empresas Elekeiroz, Braskem, Polifer, Cobafi, Sansuy, Queiroz Galvão e Polibrasil, constando nos documentos fiscais a informação de que as mercadorias destinam-se a integrar o ativo imobilizado da empresa adquirente e o respectivo número do Certificado de Habilitação de Diferimento do ICMS”; acrescentou que “Pelos contratos acostados aos autos, as empresas contratantes do autuado produzem bens para o ativo, vendendo toda a produção à Petrobrás, o que conduz à interpretação de que as mercadorias adquiridas do autuado não são destinadas ao ativo dos adquirentes”; observou, também, que “embora esteja comprovado que os adquirentes das mercadorias estavam habilitados ao diferimento, cujo benefício fiscal foi estabelecido no Programa Desenvolve, as notas fiscais acostadas aos autos (fls. 103 a 189) comprovam que as mercadorias foram adquiridas pelo autuado em outros Estados, e neste caso, o mencionado Programa estabelece a condição de que tenham como destino final o ativo imobilizado do contribuinte contratante, o que não ficou comprovado nos autos”; por fim, ressaltou que “o autuado forneceu mercadorias para empresas habilitadas no Desenvolve, que o contratou, mas não ficou comprovado que tais mercadorias destinaram-se a integrar o ativo imobilizado dessas empresas adquirentes, portanto, faltou observar uma condição estabelecida na legislação, e de acordo com o art. 11, do RICMS/97, 'quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição', concluindo pela subsistência da exigência fiscal;

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual, inicialmente, argui preliminar de nulidade de cerceamento do direito de defesa, o que resulta em desrespeito ao princípio da busca da verdade material e do repúdio ao formalismo excessivo. Afirma que a Junta de Julgamento, ao negar o direito do recorrente de produzir prova pericial por auditor fiscal estranho ao feito, vilipendiou o princípio constitucional da ampla defesa, passando a transcrever o voto proferido em Primeira Instância quanto à matéria. Salienta que a Junta de Julgamento, da forma como agiu, indeferindo de forma imotivada a produção de provas, “mostrou-se superior, incontestável, onipotente, alanceando, de modo manifesto, os princípios democráticos vigentes”. Argumenta que a legislação pátria repudia “esta espécie de abuso de poder, abominam esta conduta, e prevêem formas de bani-las do nosso ordenamento”, invocando decisões acerca da matéria. Salienta que tal entendimento impediu o recorrente de evidenciar o equívoco reproduzido no acórdão. Aduz que, se fosse deferida a diligência solicitada, ficaria claro que o método de fiscalização levado à efeito pelo autuante resultou num levantamento que, embora criterioso em sua aparência e método, não contempla o respeito pelos princípios do informalismo e da verdade material. Sustenta que os princípios da busca da verdade material e do informalismo norteiam o processo e o procedimento administrativo, razão pela qual devem ser observados no caso em pauta. Transcreve doutrina de Hely Lopes Meirelles a respeito do informalismo e da verdade material. Assevera que, da lição

acima apresentada é possível constatar que o princípio do informalismo atribui ao processo/procedimento administrativo um caráter menos sacramental e rígido que o processo judicial, sempre em benefício do administrado e princípio da busca da verdade material permite que a autoridade administrativa não se restrinja aos limites da lide, podendo ir mais adiante com a intenção de atingir o interesse público, este consistente na verdade, transcrevendo lição de Celso Antônio Bandeira de Mello a respeito dos princípios do informalismo e da busca da verdade material. Alega que o a quo labora em equívoco ao pontuar acerca da desnecessidade da diligência. Isso porque, prossegue, apenas o levantamento fiscal efetuado com base nos documentos do autuado e simples análise da legislação pertinente no presente caso, não são suficientes para sustentar uma convicção no sentido de considerar a autuação procedente, sem se contemplar a análise relativa ao fato de que as mercadorias destinaram-se a integrar o ativo imobilizado das empresas adquirentes. Reitera o argumento de que seria imprescindível que um auditor fiscal estranho ao feito efetuasse uma diligência no sentido de apurar in loco nas empresas adquirentes se estas utilizam as mercadorias para integrar seus ativos imobilizados. Ressalta que o próprio autuante alega na sua informação fiscal que a discussão quanto à primeira infração é exclusivamente no campo interpretativo do art. 2.º, inciso IV, do Decreto nº 8.205/2002. Pugna pela nulidade da Decisão prolatada em Primeira Instância, devendo o processo retornar àquela instância para que seja produzida a prova pericial requerida.

Invocando o princípio da eventualidade, argumenta que na remota hipótese desta Egrégia Câmara não deferir a diligência postulada, passa a esmiuçar o mérito da presente autuação. No que pertine aos aspectos meritórios, repete o recorrente todos os termos, argumentos e requerimentos expendidos em sua peça defensiva e anteriormente alinhavados. Acrescenta que não procedem as alegações constantes do acórdão objurgado no sentido de que não ficou comprovado que tais mercadorias destinaram-se a integrar o ativo imobilizado dessas empresas adquirentes. Observa que está expresso nas Notas Fiscais nºs 8534, 8636, 8699, 8738, 8767, 8787, 8828, 8868, 9089 e 9181 a informação de que as mercadorias destinam-se a integrar o ativo imobilizado da empresa adquirente, no caso a Elekeiroz S/A com Certificado de Habilitação de Diferimento ICMS nº. 004339.000-5. Afirma que esta informação sequer foi considerada pela Junta de Julgamento Fiscal, seja para excluir os valores relativos a tais fatos geradores do montante lançado, seja para, no mínimo, se levar a efeito uma diligência por auditor estranho ao feito para se apurar a veracidade da informação em relação a todas as notas fiscais, fato este que corrobora a tese da nulidade suscitada acima. Aduz que o órgão julgador de Primeira Instância coloca uma mera interpretação, baseada em conjecturas, vestígios ou mesmo no mero “achismo” num patamar de relevância superior ao deferimento da produção de prova pericial, fato que indubitavelmente corrobora a tese da nulidade suscitada em razão do flagrante desrespeito do princípio da busca da verdade material. Prossegue asseverando que a Petrobrás também está habilitada no Programa Desenvolve, fato que merece ser averiguado quando da realização da Perícia na eventual e improvável hipótese de ser veraz a alegação exposta no Acórdão guerreado e mencionada acima no parágrafo 32 de sua peça recursal. Salienta que não há como negar que o deferimento levado a efeito pelo autuado encontrou e encontra guarida na legislação estadual em comento, não podendo ter seus efeitos sobre as operações em questão aniquilados para fazer valer uma autuação desatenta com a prescrição normativa do dispositivo legal supostamente infringido, fato que nos leva a concluir pela improcedência do presente Auto de Infração.

Ao final, conclui requerendo que seja decretada a nulidade da Decisão recorrida, a fim de que o processo retorne à Primeira Instância para realização da diligência solicitada e, no improvável indeferimento da diligência solicitada, que seja julgada improcedente a infração 1.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, em sua primeira investida nos autos (fl. 419 e 420), propugnou pela realização de diligência a fiscal estranho ao feito lotado na ASTEC, a fim de que fosse verificado se as informações constantes das Notas Fiscais de nºs 8534, 8636, 8699, 8738, 8767, 8787, 8828, 8868, 9089 e 9181 carreadas aos autos são suficientes para comprovar que as mercadorias se destinavam ao ativo imobilizado das empresas adquirentes ou, caso contrário, que fosse indicada qual seria a forma de ser realizada tal comprovação.

Incluído o processo em pauta suplementar, decidiu esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal pelo indeferimento do pedido de diligência (fl. 421), sob o entendimento de que “os elementos

probatórios existentes nos autos são suficientes para a apreciação do mérito da causa”. Foi observado, naquela oportunidade, que “*O entendimento acima exposto se encontra amparado nas disposições contidas no art. 2., inciso IV, do Decreto Estadual nº. 8.205/02, cujo texto expressa que 'empresa contratada', para fins do benefício do diferimento do ICMS, é aquela que fornece partes, peças máquinas e equipamentos diretamente à empresa habilitada no programa DESENVOLVE, visando a incorporação ao correspondente ativo imobilizado*”. Além disso, foi assinalado que “... os bens e mercadorias objeto da autuação foram destinados a empresas habilitadas, mas para fins de industrialização, e posterior remessa a outra empresa, também inserida no DESENVOLVE, esta última, a Petrobrás, que incorporou os produtos resultantes em seu ativo fixo, conforme foi ressaltado na Decisão da JJF (FL. 338), após exame dos contratos anexados ao processo.” Naquela oportunidade, o processo foi novamente encaminhado para a PGE/PROFIS, a fim de que fosse elaborado Parecer definitivo acerca da matéria.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico do presente PAF, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual, inicialmente, rechaçou a preliminar de nulidade do julgamento por cerceamento do direito de defesa ante a negativa da realização de diligência, visto que esta se tornou dispensável, tornando-se desnecessária e incapaz de robustecer as alegações do autuado, bem como de afastar a imputação descrita na infração 1. Logo, prossegue, a negativa de sua realização não resvala em cerceamento do direito de defesa, uma vez que a prova requerida não se prestava a elidir a infração. Assinala que os elementos probatórios contidos nos autos são suficientes para a apreciação do mérito da causa, razão pela qual se torne despicienda a realização de diligência, invocando o art. 147, I, do RPAF.

Quanto ao mérito, assevera que comunga com a Decisão proferida em Primeira Instância, visto que efetivamente o contribuinte não agiu nos moldes previstos no Decreto nº 8.205/02, transgredindo o art. 2., inciso IV, do Regulamento do Programa Desenvolve, cujo teor transcreve. Argumenta que quanto esteja comprovado nos autos que as empresas adquirentes das mercadorias estavam habilitadas no Programa Desenvolve, como as mercadorias foram adquiridas pelo recorrente em outros Estados, torna-se indispensável para a fruição do benefício que o destino final das mesmas seja o ativo imobilizado das contratantes. Todavia, prossegue, pela análise dos documentos acostados aos autos, as empresas adquirentes das mercadorias vendem toda a produção à Petrobrás e, consequentemente, as mercadorias adquiridas do autuado não integram o ativo imobilizado das mesmas. Assim, conclui, o recorrente não observa uma condição estabelecida no regulamento do Programa DESENVOLVE, restando indubitável a transgressão ao inciso IV do artigo 2., o que gera, consequentemente, a perda do benefício estabelecido no referido programa. Ao final, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Prefacialmente, no que pertine à preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa, rasa em fundamentação válida se apresenta a tese recursal.

Isso porque, ao contrário do quanto afirmado pelo recorrente, a 3.^a Junta de Julgamento não só se manifestou acerca do pedido de diligência pelo mesmo formulado em sua peça defensiva, como motivou aquele *decisum*, à luz da legislação vigente, qual seja, o art. 147, I, do RPAF/99, entendendo que no bojo do presente Auto de Infração encontravam-se presentes elementos suficientes à formação de sua convicção quanto ao mérito, pontuando, de forma clara, os seus argumentos.

Ora, existiu manifestação expressa acerca daquele pedido formulado e, mais do que isso, a rejeição fora devidamente fundamentada com espeque na legislação tributária estadual vigente.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade de julgamento por cerceamento do direito de defesa, suscitada pelo recorrente.

No que concerne ao pedido de diligência propriamente dito, reiterado pelo recorrente em sua peça recursal, razão alguma assiste ao postulante.

Como decidido por esta Câmara de Julgamento Fiscal às fls. 421, dos presentes fólios processuais, “os elementos probatórios existentes nos autos são suficientes para a apreciação do

mérito da causa”. Não há necessidade de realização de qualquer diligência fiscal, visto que o art. 2., inciso IV, do Dec. Estadual n. 8.205/02, expressa, com clareza solar, que “*empresa contratada*”, para fins do benefício do diferimento do ICMS, é tão-somente aquela que fornece partes, peças máquinas e equipamentos diretamente à empresa habilitada no programa DESENVOLVE, visando a incorporação ao correspondente ativo imobilizado.

No caso em comento, após acurada análise dos documentos, principalmente os contratos, que instruem o presente PAF, restou demonstrado que os bens e mercadorias objeto da autuação foram destinados a empresas habilitadas, mas para fins de industrialização, e posterior remessa a outra empresa, também inserida no DESENVOLVE, esta última, a Petrobrás, que incorporou os produtos resultantes em seu ativo fixo, conforme foi ressaltado na Decisão da JJF (fl. 338).

Por tal razão, em face dos elementos supra expendidos, rejeito o pedido de diligência formulado pelo recorrente, com fulcro no art. 147, I, do RAPF/99, certo de que nos autos estão presentes todos os elementos necessários à formação de minha convicção quanto ao mérito da *vexata quaestio*.

Ingressando na seara de análise do *meritum causae*, reparo algum merece a Decisão proferida em Primeira Instância.

De fato, como acertadamente decidiu o julgador de Primeira Instância, o contribuinte não cumpriu todos os requisitos insertos no Decreto n. 8.205/02, em especial o quanto disposto no art. 2., inciso IV, do Regulamento do Programa Desenvolve.

Ora, a despeito de estar comprovado nos autos as empresas adquirentes das mercadorias estavam habilitadas no Programa Desenvolve, como as mercadorias foram adquiridas pelo recorrente em outros Estados, tornar-se-ia indispensável, para a fruição do benefício, que o destino final das aludidas mercadorias fosse o ativo imobilizado das contratantes. Ocorre que, após acurada análise dos documentos acostados aos fólios processuais, ficou demonstrado que as empresas adquirentes das mercadorias vendem toda a produção à Petrobrás, razão pela qual as mercadorias adquiridas do recorrente não integram o ativo imobilizado das mesmas.

Restou inadimplido, portanto, um dos requisitos estabelecidos no inciso IV, do art. 2.º, do Regulamento do Programa Desenvolve, razão pela qual não faz jus o recorrente ao benefício do diferimento, albergado no referido programa.

Ex positis, em face de tudo quanto acima exposto, com fulcro no Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo incólume a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207093.0012/06-4, lavrado contra **CENTRAB-CENTRAL DE AÇOS DA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$546.954,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$66,05**, prevista no art. 42, incisos IX e XI, da mencionada lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CAZALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS