

A. I. N° - 206854.0007/07-2
AUTUADO - POLIBRASIL RESINAS S.A (SUZANO PETROQUÍMICA S.A.)
AUTUANTES - ANTÔNIO TORRES DE BARROS e LUIZ CARLOS PRATES SANTOS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 21.02.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0014-04/08

EMENTA: ICMS. 1. IMPORTAÇÃO. INSUMOS INDUSTRIAIS. DIFERIMENTO DO IMPOSTO. PROGRAMA DESENVOLVE. SAÍDAS NÃO INDUSTRIALIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O benefício do diferimento, neste caso, só se aplica se os insumos importados forem empregados no processo de industrialização amparado pelo programa DESENVOLVE, o que não ocorreu na situação presente. Infração reconhecida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS IMPORTADAS BENEFICIADAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a importação de mercadoria sem pagamento do imposto. Infração não impugnada. **b)** CRÉDITO FISCAL. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Tendo destacado o imposto em documento fiscal que possibilitou a utilização de crédito fiscal pelo destinatário, a simples declaração de não utilização do crédito não constitui prova suficiente de que não houve utilização do crédito fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 24/10/2007, exige ICMS no valor de R\$ 4.535.380,04, acrescido de multa de 60% em decorrência das seguintes irregularidades:

01. Deixou de recolher o ICMS devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. Consta na descrição dos fatos que refere-se a importação de mercadorias, indevidamente enquadradas pelo contribuinte no diferimento do benefício DESENVOLVE, em razão da empresa, em vez de tê-las utilizadas no processo industrial como insumos, transferiu ou vendeu as mesmas, exatamente do mesmo modo que entraram. – R\$4.147.812,21.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com não incidência do imposto. Consta ainda, referente a importações, sem pagamento do ICMS, amparadas pelo diferimento do benefício do DESENVOLVE, resolução n° 07/95, que entretanto foram lançadas a crédito, irregularmente, pelo contribuinte no livro Registro de Entradas. – R\$357.460,86.
03. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. Consta ainda que, referente ao estorno indevido de débito no valor de R\$30.106,97, lançado em “Outros Créditos” no Conta Corrente fiscal no mês de Janeiro/05, do ICMS destacada em notas fiscais de saídas n°s. 37283, 37284, 37285, 37286, 37287 que eram diferidas, emitidas em Dezembro/2002, entretanto o autuado não comprovou, consoante art. 112, § 2° do RICMS/BA. Dec. 6284/97, que o destinatário, a empresa Sol Dasla, IE 51.464.415, não se creditou do imposto, não apresentando as cópias autenticadas do Registro de Entradas, onde foram lançadas as citadas notas fiscais, conforme solicitado por esta fiscalização através da quarta intimação. – R\$30.106,97.

O autuado apresenta impugnação às fls. 104 a 111, inicialmente esclarece que a Suzano Petroquímica S.A é a sucessora legal da empresa Polibrasil Resinas S.A, neste ato representado por sua procuradora, apresenta defesa tempestiva com base nos seguintes fatos e fundamentos.

Informa que solicitou baixa da inscrição estadual nº 24.531.140-NO em abril/2006, devido à incorporação realizada pela Suzano Petroquímica S.A, o que culminou com a auditoria fiscal desencadeada pelo Fisco relativa ao período de janeiro/05 a março/06, o que resultou nas infrações descritas.

Relativamente às infrações 01 e 02, afirma que embora não reconheça sua procedência, decidiu efetuar o pagamento com a utilização de créditos fiscais acumulados.

Quanto à infração 03, alega ser improcedente, por entender que foi comprovado a não utilização de crédito pela empresa destinatária das mercadorias relativas ao ICMS destacado nas notas fiscais de nºs. 37283, 37284, 37285, 37286, 37287, mediante apresentação das declarações do representante da empresa Sol Dasla, conforme faz prova as cópias das declarações juntadas ao processo, nos termos do art. 112, § 2º do RICMS/BA transcrito à fl. 106.

Esclarece ainda que a empresa Sol Dasla não se creditou do valor do ICMS, e não poderia se creditar posto que a empresa estava enquadrada no Programa Estadual de Desenvolvimento da Indústria de Transformação de Plásticos na Bahia – Bahiaplast, com Certificado de Habilitação de Diferimento nº 07.003044.000-9, com vedação expressa nos termos do art. 97, IV “a” do RICMS/BA reproduzido à fl. 107.

Suscita a nulidade do Auto de Infração em razão dos seguintes argumentos:

Primeiro, por ter deixado de explicitar o dispositivo legal contido no RICMS/BA, que atribui a obrigatoriedade de apresentação, pela impugnante, de cópias autenticadas do livro Registro de Entrada da empresa Sol Dasla, para manutenção do crédito tributário objeto da suposta infração.

Segundo, por entender que o enquadramento da infração no art. 97, IV “a” e art. 124 do RICMS/BA não guarda quaisquer relações fáticas com o procedimento de estorno ou anulação do débito fiscal realizado pela impugnante, conforme reproduzidos às fls. 107 e 108, respectivamente. Argumenta ainda que o primeiro dispositivo, isto é, art. 97, IV, “a” seria aplicável tão somente ao adquirente, jamais à impugnante.

Quanto à verdade material, afirma que, não obstante o ato de lançamento ter evidências de discricionariedade, os autuantes não averiguaram o lançamento do crédito do imposto na escrita fiscal da empresa Sol Dasla, imputando tão somente à responsabilidade pela obtenção de cópias autenticadas do livro Registro de Entradas onde forma escrituradas as referidas notas fiscais.

Assevera que, no Direito, está cabalmente condicionada a existência de prova. Prossegue argumentando que para que a regra jurídica incida, portanto, é necessário que seja provado, por meio de linguagem credenciada pelo sistema, o acontecimento daquele evento, para que, então, sejam gerados os seus efeitos.

Ressalta que não há apenas um direito subjetivo para o fisco, no sentido de provar a ocorrência do fato jurídico tributário ou a ocorrência de fatos dignos de punição, mas sim um dever, de assim proceder. Cita à fl. 109, entendimento de José Souto Maior Borges.

Diz que não tem como haver lançamento de ofício, ato administrativo por excelência, sem motivação específica. Afirma ainda que o sistema processual administrativo tributário é amparado por diversos princípios, dentre os quais destaca-se o princípio da verdade material e por isso a impugnante solicita a realização de diligência para comprovação do registro do crédito pela empresa Sol Dasla, este sim, sujeita ao comando do art. 97 do RICMS/BA, como já afirmado anteriormente.

Dentre outros autores citados à fl. 110, transcreve entendimento de James Marins, acerca do princípio da verdade material e finaliza requerendo que seja reconhecida a insubsistência da Infração 03.

Os autuantes, em sua informação fiscal às fls. 131 e 132, em relação à infração 03, dizem que as alegações da defesa não correspondem à verdade, pois a autuada não pode afirmar que a Sol Dasla não se creditou do ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelo autuado, tendo em vista que há apenas presunção de que o destinatário não se creditou, já que sendo beneficiário do Bahiaplast, as compras efetuadas de polipropileno, deveriam sair com diferimento.

Afirmam que foi a autuada que deu causa ao erro, quando emitiu as notas fiscais de venda com destaque do imposto que deveriam ser diferidas, cabendo, portanto, a autuada, o ônus da prova. Manifesta entendimento de que a simples declaração da Sol Dasla não é prova suficiente de que não utilizou o crédito fiscal destacado em notas fiscais e que a prova de que não houve o crédito logicamente é a exibição das cópias autenticadas do livro de Registro de Entrada do destinatário.

Salientam ainda, que as referidas notas fiscais foram emitidas no mês de dezembro/02 e que o autuado só procedeu ao estorno no mês de janeiro/05, mais de dois anos depois.

Ressaltam que a empresa Sol Dasla encerrou suas atividades irregularmente, sem pedir baixa, encontrando-se inapto, no cadastro da SEFAZ, consoante documento juntado à fl. 94.

Reconhecem que o art. 112, § 2º do RICMS/BA, realmente, não estabelece literalmente que se deve exhibir o livro Registro de Entradas, mas determina que se comprove que o destinatário procedeu ao estorno ou não se creditou do imposto destacado em documentos fiscais. Afirma que para se comprovar este fato é lógico que deva ser apresentado o livro de Registro de Entradas e que o Fisco está exercendo sua discricionariedade, dentro da razoabilidade, ao exigir o citado livro, não sendo de forma alguma arbitrário.

E quanto ao possível erro de enquadramento, para o qual a defesa pede a nulidade da autuação, esclarecem que os artigos indicados no Auto de Infração são selecionados no Sistema Automático de Emissão de Auto de Infração, que indicam os dispositivos de enquadramento e multa de forma automática. Entretanto, entende que se houve algum erro no sistema, isso nunca tornará nulo o lançamento, pois o próprio RPAF assim estabelece em seu art. 19, reproduzido à fl. 132. Ressaltam, ainda, que no texto descritivo da infração 03, o principal artigo infringido, 112, § 2º está consignado. Portanto, o pedido de nulidade da defesa não tem nenhum fundamento.

Finalizam mantendo o imposto reclamado.

A Secretaria do CONSEF apensou às fls. 135 e 136, detalhamento do pagamento efetuado pelo autuado que consta no banco de dados da SEFAZ.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração em razão da falta de explicitação do dispositivo legal que atribui à obrigatoriedade de apresentação de documentos e também, por entender que o enquadramento da infração não guarda relações fáticas com o procedimento de estorno ou anulação do débito fiscal realizado por ele. Rejeito tais pretensões, tendo em vista que a infração foi descrita à fl. 2 de forma clara indicando que o procedimento adotado pela empresa que resultou na infração apontada, foi feito sem que houvesse comprovação, com indicação dos documentos fiscais e identificação do destinatário, tudo isso possibilitou ao recorrente exercer o seu direito de defesa, tanto que compreendeu do que estava sendo acusado e apresentou junto com a defesa, argumentos e provas para tentar elidir a acusação, o que será apreciado quando do mérito.

Indefiro o pedido de diligência formulado pelo recorrente no sentido de que fosse coletada prova no estabelecimento destinatário das mercadorias que efetuou venda e escriturou estorno de débito, tendo em vista que conforme disposto no art. 147 do RPAF/BA, a mesma deve ser realizada para trazer ao processo elementos que possam dirimir dúvidas entre a acusação e as provas apresentadas na defesa. No presente caso, tendo escriturado estorno de débito com base nos documentos emitidos, cabe ao recorrente apresentar as provas solicitadas de que o destinatário

não fez uso do crédito fiscal, para que o mesmo fosse legitimado. Além do mais, conforme documento acostado à fl. 94, o destinatário (Sol Dasla) não exerce atividades econômicas desde 2005, o que dificulta a verificação.

No mérito, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS relativo a importações efetuadas (infração 01); Utilização indevida de crédito fiscal (infração 02) e da realização indevida de estorno de crédito fiscal em desacordo com a legislação (infração 3).

Com relação às infrações 01 e 02, mesmo não tendo sido reconhecidas pelo autuado, na defesa apresentada comunicou o seu pagamento conforme documentos acostados às fls. 135/136. Portanto não existindo qualquer discordância quanto aos valores exigidos, devem ser mantidas, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Quanto à infração 03, conforme descrito na infração, o autuado emitiu as notas fiscais de nºs 37283, 37284, 37285, 37286, 37287, no mês de dezembro/02 (fls. 116 a 124), tendo como destinatário a empresa Sol Dasla Indústria e Comércio de Plástico Ltda., tendo se creditado do montante de R\$30.106,97 a título de “outros créditos” no livro de Registro de Apuração do ICMS (fl. 92), referente ao mês de janeiro/05.

Da análise dos elementos constantes do processo, verifico que:

- 1) O ICMS foi destacado nas notas fiscais emitidas pelo autuado no dia 26/12/2002 (fls. 116 a 124) e não consta nas mesmas, a informação de que se tratava de mercadorias contempladas no regime de diferimento, conforme previsto na legislação do ICMS;
- 2) Na cópia da folha do resumo de Apuração do ICMS juntada pelo autuante à fl. 92, relativo ao mês de janeiro/2005, consta o lançamento do valor de R\$30.106,97 a título de “Outros Créditos” (item 6), enquanto a cópia do mesmo resumo juntado pela empresa à fl. 114, indica lançamento com o mesmo valor a título de “Estorno de Débito” (item 7), o que denota ter sido modificado a natureza da escrituração inicial como de lançamento de crédito fiscal extemporâneo para estorno de débito.
- 3) Junto com a defesa, o recorrente juntou às fls. 117, 119, 121, 123 e 125, declarações da Sol Dasla de que não se creditou do ICMS destacado nas aludidas notas fiscais.

Pelo exposto, levando em consideração o lançamento a título de “outros créditos” à fl. 92, tendo o autuado emitido as notas fiscais com ICMS destacado no fim do exercício de 2002, possibilitou ao destinatário fazer uso do crédito fiscal naquele exercício, inclusive porque não foi indicado nas notas fiscais emitidas o número de habilitação de diferimento do destinatário. Para neutralizar o débito em outro exercício, como procedeu o impugnante no exercício de 2005, deveria comprovar que o destinatário (Sol Dasla) deu tratamento de entrada de mercadorias com benefício do diferimento e não utilizou o crédito fiscal destacado nas aludidas notas fiscais. Para comprovar que isso ocorreu neste processo, deveria juntar com a defesa, cópias autenticadas dos livros fiscais (Registro de Entrada e de Apuração do ICMS) e a simples declaração rubricada por pessoa não identificada (fls. 117 a 125), não é prova suficiente de que não foi utilizado o crédito fiscal relativo ao imposto destacado em notas fiscais.

Além disso, em se tratando de escrituração de crédito fiscal extemporâneo o contribuinte deveria comunicar o fato à repartição fazendária do seu domicílio, conforme disposto no art. 101 do RICMS/BA.

Considerando o lançamento à fl. 114, neste caso de estorno de débito, o art. 112 do RICMS/BA estabelece:

Art. 112. O débito fiscal só poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

§ 1º Se o imposto já houver sido recolhido, far-se-á o estorno ou anulação mediante utilização de crédito fiscal, nos termos do inciso VIII do art. 93, nos casos de pagamento indevido em virtude de erro de fato ocorrido na escrituração dos livros fiscais ou no preparo do documento de arrecadação.

§ 2º É vedada à restituição ou a autorização para aproveitamento como crédito fiscal, ao estabelecimento

remetente, do valor do imposto que tiver sido utilizado como crédito pelo estabelecimento destinatário, a menos que se comprove que o mesmo procedeu ao estorno do respectivo valor.

...

§ 4º O débito fiscal lançado a mais ou indevidamente, quando não for admissível o estorno ou anulação nos termos deste artigo, poderá ser objeto de pedido de restituição, na forma prevista no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Logo, em se tratando de imposto destacado em documento fiscal, o que faculta a utilização do crédito fiscal pelo destinatário, não pode ser estornado, conforme indicado no caput do artigo acima. Neste caso, para regularizar a situação do débito escriturado no exercício de 2002, deveria ter sido emitido uma nota fiscal com indicação dos motivos que conduziram a devolução do crédito fiscal.

Verifico que conforme documento juntado pelo autuante à fl. 93, o autuado foi intimado pela fiscalização em 25/07/07 para apresentar “cópia autenticada do livro Registro de Entradas da empresa Sol Dasla IE 51.464.415 onde foram lançadas as NFs supra”. Portanto, a empresa teve um prazo de quase três meses entre a data da intimação e a lavratura do Auto de Infração para apresentar cópia do livro que foi exigido pela fiscalização para comprovar a não utilização do crédito fiscal destacado em notas fiscais, não o tendo feito naquele momento e também quando apresentou defesa. Assim sendo, considero que a simples declaração rubricada por pessoa não identificada de que não utilizou o crédito fiscal, não é prova suficiente para elidir a acusação. Além do mais, conforme documento juntado pelo autuante à fl. 94, a empresa Sol Dasla foi cancelada a partir de 17/05/07, por não se encontrar exercendo atividades no endereço cadastrado na Secretaria da Fazenda o que dificulta a possibilidade de verificação da utilização do crédito na sua escrita fiscal e contábil.

Quanto ao argumento defensivo de que o destinatário não se creditou do valor do ICMS destacado nas notas fiscais objeto da autuação e que é vedada a utilização do crédito nos termos do art. 97, IV “a” do RICMS/BA, a primeira afirmação não foi comprovada, conforme apreciado anteriormente. Com relação ao segundo argumento, o citado dispositivo veda a utilização de crédito de operação ou aquisição beneficiada com isenção ou amparada por não incidência, que não se aplica a presente situação, tendo em vista que a operação em comento se contemplada com o regime de diferimento, posterga o lançamento e o pagamento do imposto pelo remetente, mas se não contemplada pelo diferimento, é assegurado à utilização do crédito fiscal relativo ao imposto pago na operação anterior. Dessa forma, considero irregular a utilização do crédito fiscal, devendo ser mantida a exigência fiscal.

Por tudo que foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **206854.0007/07-2**, lavrado contra **POLIBRASIL RESINAS S/A (SUZANO PETROQUÍMICA S.A.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.535.380,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR