

A I N° - 271581.0003/07-8
AUTUADO - INAL NORDESTE S.A.
AUTUANTE - RODOLFO LUIZ PEIXOTO DE MATTOS SANTOS
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 30.10.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0330-04/08

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. USO INDEVIDO DE BENEFÍCIO FISCAL. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO INDUSTRIALIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que na apuração do débito não foram considerados todos os benefícios concedidos através de Resoluções emanadas do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Diligência fiscal refez os cálculos o que resultou em redução do débito. Infração elidida em parte. 2. ZONA FRANCA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO DE PRODUTOS NA ZONA FRANCA DE MANAUS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Documentos juntados ao processo não comprovam internação na ZFM. Infração não elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS PARA INTEGRAR O ATIVO PERMANENTE. Não comprovada a alegação de que os bens não se destinam ao ativo permanente. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/11/07, exige ICMS no valor de R\$2.184.493,75 acrescido da multa de 60% e aplica multa no valor de R\$40.213,50 por descumprimento de obrigação acessória, referente às seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo programa Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE). Consta, na descrição dos fatos, que o cálculo do valor da parcela sujeita ao benefício da dilação de prazo foi feito sem considerar o piso definido na Resolução 134/05, de R\$121.662,71, conforme cálculos constantes do Anexo 1, relativos aos exercícios de 2006 e 2007 - R\$1.989.197,14.
2. Deixou de recolher o ICMS devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus (ZFM) com benefício fiscal de isenção do imposto, sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA, conforme demonstrativo de notas fiscais sem internamento na ZFM (Anexo 2) - R\$74.668,56.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, conforme relação de notas fiscais e respectivos valores constantes do Anexo 3 - R\$120.628,05.

4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10% sobre o valor não registrado - R\$40.213,50.

Na defesa apresentada às fls. 140 a 154, por meio de representante legalmente constituído, inicialmente ressalta que a defesa é tempestiva, descreve e discorre sobre as infrações apontadas na autuação e passou a expor suas razões de defesas, conforme relatado a seguir.

No que concerne à primeira infração, transcreve os arts. 3º e 6º do Dec. 8.205/02 (fl. 145) e art. 1º da Resolução 134/05, sintetizada na Tabela constante da fl. 146 e diz que pela leitura dos citados dispositivos, entende que faz jus à dilação do prazo para recolhimento do ICMS mensal em até 90% do valor que excede o montante de R\$121.662,71, podendo ser pago com desconto de até 90% do valor da parcela incentivada.

Afirma que o fiscal autuante cometeu um erro, ao excluir do débito apenas o valor do ICMS pago a título de ICMS mensal devido, sem atentar que recolheu antecipadamente duas parcelas objeto da dilação, a exemplo do mês 01/2006, porém não foram debitados os valores recolhidos de forma antecipada. Diz que o valor tido como ICMS recolhido no mês de Janeiro/06 foi de R\$40.130,03 (R\$24.332,54), sem considerar os valores de R\$19.466,03 e R\$14.217,74 (R\$33.683,77) relativo a intimações feitas pelo impugnante.

Afirma que demonstrada a insubsistência dos cálculos efetuados pelo autuante, requer que sejam refeitos os cálculos originais e conceda novo prazo para se defender.

Quanto à infração 2, afirma que não pode prosperar tendo em vista que efetivamente as mercadorias foram destinadas a estabelecimentos situados na Zona Franca de Manaus (ZFM). Contesta a acusação, dizendo que os artigos 597 e 598 do RICMS/BA impõem obrigações que foram devidamente cumpridas, de acordo com as notas fiscais anexas e que se não constituírem prova suficiente do internamento das mercadorias na ZFM, que seja considerado outros meios de prova, consolidados na jurisprudência, que não sejam apenas os elencados na legislação do imposto.

Requer que em busca da verdade material, o CONSEF privilegie o atendimento da finalidade da isenção concedida e não apenas as formalidades burocráticas previstas na legislação do ICMS, a exemplo das ementas transcritas às fls. 149 a 151, relativas a decisões exaradas pelo CONSEF, TIT-SP e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Conclui afirmando que as mercadorias envolvidas nas notas fiscais arroladas no Auto de Infração foram destinadas e efetivamente ingressadas na ZFM, o que beneficia a Isenção do ICMS das operações objeto da autuação.

Relativamente à infração 3, argumenta que a Constituição Federal no art. 5º, LV, que transcreveu à fl. 152, garante ao administrado, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Destaca que nem toda mercadoria adquirida pelo estabelecimento foi utilizada para integrar o seu ativo permanente e em razão da volumosa documentação concernente à demonstração desse fato, requer a juntada posterior de documentos, para conduzir a evidência da verdade material dos fatos.

Transcreve parte de texto de autoria de Alberto Xavier, Ippo Watanabe e Luiz Pigatti Júnior, acerca do procedimento tributário de lançamento com finalidade de investigar fatos tributários, com vista à prova, caracterização e verdade material. Ressalta que é inadmissível na esfera administrativa fiscal admitir como verdadeira a mera presunção dos fatos, motivo pelo qual requer diligência fiscal em detrimento da busca da verdade material.

Por fim, requer:

- cancelamento da infração 1, em razão de erro perpetrado pela fiscalização e subsidiariamente, pela revisão do lançamento, face à contabilização de pagamentos efetuados;
- deferida a juntada de prova documental relativa à infração 3, pela sua improcedência;
- seja julgada improcedente a infração 2, por entender demonstrado o internamento das mercadorias na ZFM.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 295 e 296, com relação à infração 1, diz que a empresa alegou ter feito recolhimentos mas não juntou qualquer comprovante com a defesa, o que pode ser aferido pelo banco de dados da SEFAZ.

Esclarece que o código de receita referente a pagamento de parcela antecipada do Programa DESENVOLVE é o 2167, conforme Decreto 8.205/02 e que para ser considerado o código 806, se faz necessário uma solicitação formal por parte do autuado, o que não foi feito. Pondera que se considerado o recolhimento com o código errado, cria-se a “possibilidade de no futuro, ser alegado já ter havido também recolhimento de parcelas dilatadas, com base nos mesmos DAEs”. Afirma que só pode fazer a dedução do valor a recolher, mediante solicitação de retificação do código contido no DAE, fato que já tinha sido informado a empresa.

Relativamente à infração 2, diz que o autuado alega que as mercadorias foram internadas na ZFM, mas apresenta apenas cópias das notas fiscais e Declaração de Vistoria Técnica. Afirma que este documento comprova apenas que a SEFAZ autorizou a saída da mercadoria sem destaque do ICMS na nota fiscal, mas que não comprova a internação na ZFM, ao teor do art. 29, III do RICMS/BA.

No tocante à infração 3, argumenta que o contribuinte relacionou notas fiscais no documento acostado à fl. 119, afirmando que não foram destinadas ao ativo fixo, mas que numa análise dos documentos constata que tendo como atividade a fabricação e venda de aço em lâmina, não tenha ativado compra de máquinas, equipamentos, computadores, inclusive uma ambulância. Diz que não tendo comprovado a destinação dos bens, mantém seu posicionamento de que foi destinado ao ativo permanente. Requer a procedência total do Auto de Infração.

O autuado peticionou defesa complementar às fls. 299 a 306, relativa à infração 1. Esclarece que a Res. 133/05 transferiu os benefícios concedidos à KOFAR para ele e a Res. 134/05 concedeu outro benefício em decorrência de projeto de ampliação (INAL), com dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor e fixado parcela mensal de R\$121.662,71.

Informa que as mencionadas Resoluções foram ratificadas pelas Res. 85 e 120/06, mantendo os mesmos benefícios. Diante disso, esclarece que:

- 1) Recolheu o ICMS normal relativo a 20% do valor devido (no caso a parcela fixa de R\$121.662,91) e postergou 80%. Recolheu antecipadamente o valor postergado com desconto de 80% previsto na legislação (Res. 133/05);
- 2) Apurou o valor que excedeu a R\$121.662,91, recolheu 10% a título de ICMS normal, do que excedeu ao montante fixo e postergou 90%. Recolheu antecipadamente o valor postergado com desconto de 90% previsto na Res. 134/05.

A seguir na fl. 305, demonstrou exemplificativamente os valores apurados e recolhidos relativos ao mês de janeiro/06 e que o cálculo para os demais períodos são os mesmos.

Argumenta que o autuante desconsiderou o benefício concedido pela Res. 133/05, ratificada pela Res. 25/06, sem considerar o piso definido na Res. 134/05. Ratifica o que foi sustentado na defesa inicial, de que a fiscalização “desconsiderou as parcelas pagas antecipadamente”. Junta planilha à fl. 307 para tentar provar o alegado e requer a improcedência desta infração.

Esta 4ª JJF decidiu converter o processo em diligência (fls. 310/311) para que o autuante analisasse os argumentos e documentos juntados com a defesa complementar e caso julgasse pertinente, refizesse os demonstrativos originais, inclusive de débito.

O autuante na nova informação fiscal prestada às fls. 313 e 314, inicialmente pontua que durante a fiscalização foram solicitados esclarecimentos da empresa acerca dos cálculos do ICMS contemplado com o benefício do DESENVOLVE, sem que houvesse manifestação.

Argumenta que há uma complexidade muito grande na operacionalização dos benefícios concedidos, carecendo de entendimentos diversos face à falta de clareza das resoluções emanadas pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, sobretudo quando emitidas mais de uma resolução.

Informa que no caso do autuado, são cinco Resoluções, aliada a incorporação da Kofar Nordeste Produtos Metalúrgicos Ltda, que complica mais ainda a operacionalização dos cálculos do imposto decorrente dos benefícios concedidos. Diz que chegando ao limite de concluir a fiscalização e não tendo obtido uma resposta da empresa, lavrou o Auto de Infração.

Afirma que procedeu a discussões com outros auditores que fiscalizam empresas contempladas com benefícios fiscais, surgindo entendimentos diversos, prevalecendo o adotado na lavratura do Auto de Infração. Entretanto, reconhece que após a leitura dos esclarecimentos aditivados à fl. 299, voltou a consultar a legislação e discutir o caso com outros setores envolvidos com o Programa DESENVOLVE e conclui que “o nosso primeiro entendimento de que era válida a última Resolução, a de n. 134/2005, não está correto. Na verdade, ela se sobrepõe em seus efeitos à anterior, de n. 133/2005, e os procedimentos de cálculos apresentados pela autuada em suas RAZÕES ADITIVAS À IMPUGNAÇÃO estão de acordo com isto”.

Conclui dizendo que refez os cálculos do ICMS a recolher e produziu novo demonstrativo de débito que junta às fls. 315 e 316 em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 317), concedendo prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse.

O autuado juntou petição às fls. 321 e 329, nas quais informa que renuncia o direito de impugnar a infração 4 e promoveu o seu pagamento, conforme cópia de DAE acostado à fl. 330.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 335/336 cópias dos detalhes de pagamentos constantes no sistema de controle da SEFAZ relativo ao presente Auto de Infração.

VOTO

Na defesa apresentada, o autuado requereu a realização de diligência para comprovar que nem todos os bens adquiridos relativos à infração 3, foram destinados ao seu ativo permanente. Observo que de acordo com o art. 150, I do Dec. 7.629/99 (RPAF/BA), entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado.

Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal e documentos de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

No mérito, o Auto de Infração trata de diversas infrações: Recolhimento a menos do ICMS em razão de erro de apuração do DESENVOLVE; Falta de recolhimento do imposto relativo à saída de produto industrializado para a ZFM; Utilização indevida de crédito fiscal e aplicação de multa pelo não registro de entrada de mercadorias.

Com relação à infração 1, na defesa inicial o autuado alegou que procedeu corretamente em conformidade com os arts. 3º e 6º do Dec. 8.205/02 Resolução 134/05, fazendo jus à dilação do prazo para recolhimento do ICMS mensal em até 90% do valor que excedesse o montante de R\$121.662,71, podendo ser pago com desconto de até 90% do valor da parcela incentivada e que a fiscalização equivocou-se, ao excluir do débito apenas o valor do ICMS pago a título de ICMS mensal devido, sem considerar o recolhimento antecipado das parcelas sujeitas a dilatação, o que foi contestado pelo autuante na primeira informação fiscal.

O autuado voltou a se manifestar, demonstrando exemplificativamente os valores apurados, o que motivou à realização de diligência determinada por esta JJF. O autuante na segunda informação fiscal, reavaliou seus procedimentos e concluiu que diante da complexidade dos

fatos, reconheceu que com os esclarecimentos aditivados à fl. 299 pelo impugnante, estão corretos os cálculos apresentados pelo autuado, tendo em vista que no cálculo do imposto considerou apenas os efeitos da Res. 134/05, apresentando novo demonstrativo às fls. 315/316.

Dessa forma, concordo com os argumentos apresentados pelo recorrente de que na apuração do débito pela fiscalização, não foi considerado os efeitos do benefício concedido pela Res. 133/05, ratificada pela Res. 25/06, sem considerar os efeitos sobrepostos da Res. 134/05.

Por sua vez, tendo sido acatado os argumentos defensivos após apresentação das razões aditivas à impugnação, o autuante refez os cálculos do ICMS e produziu novos demonstrativos de débito juntados às fls. 315 e 316, em atendimento a diligência determinada pelo CONSEF. Cientificado do resultado da diligência, o autuado não se manifestou o que implica no reconhecimento tácito do cometimento da infração em relação aos valores remanescentes apontados, ao teor do art. 142 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99), tendo em vista que os cálculos foram feitos com base nos documentos apresentados pela empresa e não foi contestado.

Pelo exposto, como a acusação reporta-se a erro na determinação e dilação de prazo, acato o demonstrativo refeito pelo autuante à fl. 315, devendo o valor apurado a menos do ICMS antecipado no demonstrativo juntado à fl. 316 ser objeto de outra ação fiscal. Considero devido o valor de R\$1.469,42, conforme resumo abaixo. Infração elidida em parte.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor do Débito
31/07/06	09/12/06	910,06	17,00	60,00	154,71
31/08/06	09/09/06	910,06	17,00	60,00	154,71
30/09/06	09/03/06	0,00	17,00	60,00	0,00
31/10/06	09/11/06	910,06	17,00	60,00	154,71
30/11/06	09/12/06	910,06	17,00	60,00	154,71
31/12/06	09/01/07	910,06	17,00	60,00	154,71
31/01/07	09/02/07	910,00	17,00	60,00	154,70
28/02/07	09/03/07	0,00	17,00	60,00	0,00
31/03/07	09/04/07	910,06	17,00	60,00	154,71
30/04/07	09/05/07	910,06	17,00	60,00	154,71
31/05/07	09/06/07	0,00	17,00	60,00	0,00
30/06/07	09/07/07	0,00	17,00	60,00	0,00
31/07/07	09/08/07	0,00	17,00	60,00	0,00
31/08/07	09/09/07	0,00	17,00	60,00	0,00
30/09/07	09/10/07	0,00	17,00	60,00	0,00
31/10/07	09/11/07	0,00	17,00	60,00	0,00
31/01/06	09/02/06	0,00	17,00	60,00	0,00
28/02/06	09/03/06	0,00	17,00	60,00	0,00
31/03/06	09/04/04	0,00	17,00	60,00	0,00
30/04/06	09/05/06	177,71	17,00	60,00	30,21
31/05/06	09/06/06	275,47	17,00	60,00	46,83
30/06/06	06/01/00	910,06	17,00	60,00	154,71
Total					1.469,42

No tocante à infração 2, o autuado juntou documentos à defesa, afirmando que comprovam o internamento na ZFM, requerendo privilégio da essência em detrimento das formalidades burocráticas.

Da análise dos documentos juntados ao processo, verifico que foi juntado às fls. 189 a 196, cópias de Declaração de Vistoria Técnica, comprovantes de Aviso de Recebimentos (AR) expedido pelo correio e cópias das notas fiscais (fls. 197 a 252). Tais documentos comprovam apenas que as mercadorias foram vistoriadas pelo fisco do Estado da Bahia antes da saída do estabelecimento autuado.

Conforme disposto no art. 597, § 5º do RICMS/BA, “Previamente ao ingresso na Zona Franca de Manaus, os dados pertinentes aos documentos fiscais de mercadoria nacional incentivada deverão ser informados à SUFRAMA, em meio magnético ou pela Internet, pelo transportador da mercadoria, informando, inclusive, os dados dos respectivos remetentes, conforme padrão conferido com software específico disponibilizado pelo órgão (Conv. ICMS 17/03)”.

Com relação às ementas transcritas na defesa às fls. 149 a 151, relativas a decisões exaradas pelo CONSEF, TIT-SP e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não podem servir de parâmetro para esta decisão, tendo em vista que naquelas decisões “outros elementos”; “filigranagens e carimbos da SUFRAMA” comprovaram o internamento das mercadorias, o que não ocorreu neste processo.

Pelo exposto, concluo que os documentos juntados ao processo não comprovam que as mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização (fls. 16/18) foram efetivamente internadas na ZFM. Como a isenção das operações com produtos industrializados de origem nacional, nas saídas para comercialização ou industrialização na Zona Franca de Manaus fica condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário (art. 29, III do RICMS/BA e Convênio ICMS 36/97) e isto não ficou comprovado, a infração é mantida na sua integralidade.

Relativamente à infração 3, tendo sido acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal relativo a bens destinados ao ativo permanente, na defesa apresentada o autuado alegou que nem toda mercadoria adquirida pelo estabelecimento foi utilizada para integrar o seu ativo permanente, e dado ao volume de documentos requereu a sua juntada em momento posterior de documentos, para provar o alegado.

Da análise dos elementos constantes do processo, verifico que o autuante juntou demonstrativos (fls. 19 a 24), cópia do livro Registro de Entrada (RE, fls. 27 a 52) e vias de notas fiscais (fls. 53 a 129). Pelo confronto das notas fiscais com os registros da escrituração dos créditos fiscais efetuados no livro RE, a exemplo da nota fiscal 220282 (fl. 57), trata-se de aquisição de “Blitter especial para calheiro (marafon)”, com valor de R\$123.371,00, cujo valor total do ICMS destacado de R\$8.635,97 foi creditado integralmente à fl. 472 do mencionado livro fiscal, além de outros como: monitor, computador, máquina, solda, bolinador.

Ressalto que de acordo com o art. 123 do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, devendo ser alegada de uma só vez.

Pelo exposto, não tendo juntado ao processo, provas capazes de elidir a acusação, no momento que apresentou defesa e nas manifestações posteriores, restou comprovado que o autuado só poderia utilizar parcelas proporcionais às operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas, sobre o total das operações de saídas ou prestações efetuadas no mesmo período e tendo utilizado o crédito fiscal integralmente, ficou caracterizada a infração. Por isso, fica mantida totalmente a infração.

Com relação à infração 4, o autuado reconheceu o cometimento da mesma e providenciou o seu pagamento, conforme cópia de DAE à fl. 330, devendo ser mantida, já que não há qualquer discordância.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 271581.0003/07-8, lavrado contra a **INAL NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$196.766,03** acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, II, “a” e “f” da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$40.213,50**, prevista no art. 42, IX da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULDADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR