

A I Nº - 207090.0003/09-1
AUTUADO - PLASTCROMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA
INTERNET - 04.09.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0304-04/08

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA RECEBIDA A TÍTULO DE EMPRÉSTIMO. É assegurado o direito de utilização do crédito fiscal relativo a mercadorias recebidas e utilizadas como matéria prima em processo de industrialização cuja saída é tributada. Infração não caracterizada. **b)** EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração devidamente caracterizada. 3. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. TERMO FINAL. Infração reconhecida. 4. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado que o sujeito passivo utilizou benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto relativo a operações não contempladas na Resolução do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE (próprias). Indeferido o pedido de realização de perícia ou diligência. Retificado o percentual da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/03/09, para exigir ICMS no valor de R\$538.602,18, acrescido das multas de 60% e 100%, em decorrência das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a recebimento de mercadorias a título de empréstimo, conforme xerox de notas fiscais de entrada e livro REM - R\$344.884,10.
02. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento - R\$940,98.
03. Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Consta na descrição dos fatos que adquiriu refeições para os empregados de quatro empresas, sendo que não houve recolhimento do imposto diferido - R\$2.389,64.
04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais (Energia Elétrica) - R\$38,91.
05. Recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento do imposto – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento. Consta, na descrição dos fatos, que utilizou indevidamente o benefício fiscal na comercialização de sucatas; sobre valores lançados a título de ICMS da diferença de alíquota

e comercialização de carbonato de cálcio não industrializado pelo estabelecimento - R\$190.348,55.

O contribuinte apresenta defesa em relação às infrações 1 e 5 (fls. 1418/1440) e informa que as infrações 02, 03 e 04, restam desde já reconhecidas, e serão pagas na data de hoje, conforme petição anexa já formalizada junto a esta Secretaria.

Com relação à infração 1, em que é acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS referente ao recebimento de mercadorias a título de empréstimo, diz que duas questões merecem relevo do ponto de vista legal e contábil, quando tratada isoladamente a presente infração.

Em primeiro lugar, a fiscalização reconhece que a mercadoria foi recebida a título de empréstimo e não parece razoável que seja tributada pelo valor normal do imposto, considerando que a mercadoria tendo sido emprestada, o imposto foi pago pelo adquirente na cabeça da cadeia, ou seja, quem emprestou pagou o ICMS de modo que ele não pode ser cobrado novamente.

Afirma que o art. 97, IV, "a" do RICMS/BA prevê que se a operação de aquisição estiver beneficiada com isenção ou amparada por não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação, fica vedado o uso do crédito e considerando que tenha havido equívoco contábil e que tenha escrito crédito que não poderia dispor, com base do art. 100 e seus incisos, estaria sujeito apenas à anulação do crédito, não podendo a fiscalização cobrar novamente o imposto pago, inclusive numa operação interna, dentro do Estado da Bahia, onde não houve antecipação ou mesmo diferença de alíquota.

Pondera que no mês de outubro/04 não houve operação comercial por parte do contribuinte e se anulado o crédito fiscal de R\$ 253.183,81, lançado no livro contábil, restaria "zerada" a apuração do mês, conforme consta na ilustração anexa (fls. 1455/1456). Já no mês de novembro/04 sucede a mesma situação, mesmo havendo movimentação contábil da empresa, anulando o crédito de R\$ 253.183,81, restaria um saldo credor de R\$ 91.700,29.

Entende que não parece razoável a pretensão do Fisco de cobrar novamente imposto que já foi pago, o que caracteriza bitributação e que melhor postura teria sido a anulação do crédito fiscal, vedando o beneficiamento e zerando a operação no mês de utilização.

Apela pela coerência e razoabilidade, não havendo dolo ou má-fé, que ensejasse aplicação de multa abusiva e confiscatória no percentual de 60% do valor do imposto, considerando ainda que sendo acessória, se não existe o principal, esta também deixa de existir.

Diz que toda a documentação fiscal e contábil se encontra à disposição do Fisco, requer que seja realizada diligência fiscal a fim de apurar o quanto alegado, verificando a documentação disponibilizada de forma que seja rechaçada completamente a infração em questão.

Relativamente à infração 5, inicialmente tece comentários sobre a acusação, esclarece os procedimentos adotados face a complexidade técnica do seu processo produtivo, que talvez não tenha sido vislumbrado pela fiscalização, não havendo nenhuma irregularidade na sua conduta, conforme passou a expor.

- 1) No processo produtivo, para a preparação do produto final PREPARADO DE POLIETILENO A BASE DE CaCO₃, existe a necessidade de adicionar o calcário mineral (carbonato de cálcio) e polietileno, nas proporções de 30% e 70%, respectivamente;
- 2) Estes produtos são postos em uma extrusora de rosca dupla (COMAC), que possui três pontos de alimentação, através de dosadores gravimétricos, para que se garanta a perfeita proporção;
- 3) O carbonato de cálcio e o polietileno são dosados através das roscas modulares que compõem múltiplos estágios que permitem zonas de trabalho com altas e baixas pressões e misturadoras que compõem a rosca, exigindo controle de temperatura específico para cada estágio, com aquecimento nas zonas baixas de pressão e resfriamento nas zonas altas de pressão e misturadores, garantindo limites de processo ajustados entre 150° e 220° C.

4) A elevação da temperatura faz o polietileno passar do estado sólido para o estado fluido o que permite a incorporação do carbonato de cálcio, através das rosas, gerando assim o produto final denominado PREPARADO DE POLIETILENO A BASE DE CaCO₃, produto este comercializado para indústrias que utilizam como aditivo em seus processos produtivos.

Afirma que não há venda isolada de composto, pois a própria resolução 50/03 autoriza o contribuinte a vender tal produto.

Ressalta que a nomenclatura de compostos no meio industrial (fórmulas químicas) possui um valor inestimável, que são guardadas a sete chaves por questões que envolvem proteção contra espionagem industrial e que possui um tipo de beneficiamento produtivo de grande importância para a indústria plástica do Brasil, sendo responsável pelo fornecimento e produção de embalagens de marcas e produtos dos mais importantes no mercado alimentício nacional.

Diz que não pode emitir notas ou registrar informações que serão manuseadas por terceiros a composição exata ou a identificação precisa dos compostos que produz sob pena de ser vitimada pelo crime de espionagem industrial, vindo a sofrer sérios danos e prejuízos.

Conclui afirmando que não deve prosperar esta infração, sendo disposta toda a documentação fiscal e contábil ao Fisco e roga para que seja realizada diligência fiscal a fim de comprovar o quanto alegado, na documentação disponibilizada.

Com relação às multas aplicadas de 60% e 100% do valor do imposto cobrado, alega que é abusiva, tem efeito de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal.

Diz que tem sido cada vez mais comum a posição do Fisco de não apreciar matérias de inconstitucionalidade, por entender que foge a sua alçada. Entretanto, decisões de Tribunais Superiores não estão dando respaldo a tal posicionamento, a exemplo da decisão contida Acórdão nº CSRF/01 – 03.620 da Câmara Superior de Recursos Fiscais, 1ª Turma, reconhecendo que o Poder Executivo pode deixar de aplicar lei que contrarie a Constituição do País e que os órgãos julgadores administrativos, têm o dever de assegurar ao contribuinte o contraditório e a ampla defesa, analisando e avaliando a aplicação de norma que implique em violação de princípios constitucionais. Requer o direito constitucional de ver apreciada pelo órgão julgador todas as matérias suscitadas na presente impugnação.

Pondera que a multa fiscal origina-se de um ilícito tributário, ocasionado por uma inobservância no dever de recolher algum tributo ou não cumprir alguma obrigação acessória, não tendo incorrido em irregularidade que ensejasse atribuir tão pesada multa.

Transcreve trecho de textos de autoria dos tributaristas Sacha Calmon Navarro Coelho, Heron Arzua, Dirceu Galdino, Hugo de Brito Machado, Aliomar Baleiro, Bilac Pinto e Rui Barbosa Nogueira acerca do limite de aplicação de multas (patrimônio do particular), efeito confiscatório, além dos juros e atualização monetária.

Pondera que a multa aplicada é excessiva em relação à infração tributária, visto que deveria produzir efeito de apenas o contribuinte por não obedecer à legislação vigente, e não se coaduna com os sistemas jurídicos, que já prevê a incidência de juros moratórios e correção monetária.

Transcreve diversas decisões prolatadas por Tribunais Superiores, em que as multas foram consideradas abusivas e determinada a sua redução.

Aduz que não existe razão lógica para cobrar a multa indicada no Auto de Infração manifestando o reconhecimento do seu direito quanto ao não pagamento desta exação vexatória.

Ante ao exposto, roga pela desconstituição e consequente anulação das infrações 1 e 5, pelas razões de sua inconsistência ou caso necessário, a realização de diligências e/ou perícia, nos termos do art. 123, § 3º do Decreto nº 7629/99 (RPAF/BAHIA).

A autuante na informação fiscal prestada às fls. 1462/1466, diz que tendo o autuado apresentado defesa relativa às infrações 1 e 5, passa a contestá-las conforme expôs.

No que se refere à infração 1, da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS relativa ao recebimento de mercadorias a título de empréstimo, diz que consta do levantamento fiscal relação das notas fiscais de entradas e lançamento no livro Registro de Entrada e RAICMS (fls. 49/69; 263/288 e 1037 a 1052).

Contesta a alegação defensiva de que o imposto foi pago pelo contribuinte que emprestou a mercadoria e não poderia ser cobrado novamente, afirmando que conforme documentos acostados ao processo (fls. 261 e 262), tanto a empresa mutuária/autuado, quanto a mutuante (EMBAHIA IND. E COM DE PLÁSTICOS LTDA – IE 53.878.261), funcionam no mesmo endereço.

Alega que pelo exame documental, o contribuinte sabia que a mercadoria cujo crédito foi glosado não era sua, visto que seu livro Razão registrou em 2004/2006 (fls. 243 a 259) a movimentação da mercadoria na conta “Estoque de terceiros em nosso poder” (fls. 245/258) e não na conta compras.

Argumenta que a lei veda a utilização do crédito fiscal em operação de empréstimo e como indicado no levantamento fiscal, a empresa não foi penalizada em relação às “devoluções” que foram consideradas nos exatos dados constantes das notas fiscais de saídas (fls. 363/1036), emitidas entre 2004 e 2006, abatendo-se o crédito fiscal usado indevidamente, operação a operação.

Quanto à alegação de que a outra empresa/mutuante recolheu ICMS indevidamente, entende que cabe à mesma após o preenchimento dos requisitos legais, pedir restituição do indébito, nos termos do RPAF/BA, o que não convalida a utilização indevida de crédito fiscal.

No tocante à simulação apresentada, diz ser descabida e ilegal (fls. 1455/1457), encerrando em dezembro/04, enquanto possuía saldo credor e não até fevereiro/05, visto que não tinha direito de utilização do DESENVOLVE, pois só começou efetivamente a produzir em março/05 (fls. 177 e 318 a 320).

Quanto à multa aplicável à infração, afirma que na condição de preposto fiscal com exercício de atividade vinculada, nada tem a acrescentar ao estipulado pela lei, estando fora de sua alçada.

Contesta o pedido de diligência formulado, por não atender ao binômio utilidade/necessidade, essenciais ao seu deferimento, visto que todos os documentos que embasaram a autuação encontram-se anexados ao processo.

Com relação à infração 5, recolhimento a menos do ICMS em razão do uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento do ICMS (DESENVOLVE), esclarece que no período fiscalizado o impugnante usufruía dos benefícios do citado Programa conforme Resolução 50/03 (fl. 177), para produzir composto branco, composto aditivo, masterbatches com carga e masterbatches coloridos, tendo utilizado indevidamente benefício fiscal, sobre :

- a) valores correspondentes a vendas/transferências de sucatas (CFOPs 5102/5152 e 6102/6152);
- b) valores lançados a título de diferencial de alíquota por aquisições de uso/consumo;
- c) vendas de preparados a base de carbonatos de cálcio – mercadorias que ingressaram no estabelecimento com NCM 28365000 (fls. 201 e 212) e também NF Entrada n. 5557 de 06/02/06 (fls. 200); Aquisições de Carbonato de Cálcio (fls.175/176) e saíram com a NCM 28369919 (produtos das indústrias químicas ou das indústrias conexas – fls. 201 e 212) elencadas no levantamento fiscal como venda de carbonato de cálcio (fls. 172/174). Registre-se que apenas as NF de saídas de preparado a base de carbonato de cálcio não são tributadas pelo IPI.

Atenta que a totalidade das saídas da empresa, com exceção das notas fiscais excluídas, pertence à classificação fiscal NCM 39019090 e todas são tributadas pelo IPI (vide fls. 213 e 215) considerando-se plásticos as matérias das posições 3901 a 3914 que, submetidas a uma influência exterior (em geral calor e a pressão, eventualmente, a intervenção de um solvente ou de um plastificante), são suscetíveis ou foram suscetíveis, no momento da polimerização ou em uma fase posterior, de adquirir moldagem, vazamento, perfilagem, laminagem ou por qualquer outro processo, uma forma que conservam quando essa influência deixa de se exercer.

Afirma que no Projeto Simplificado apresentado pelo impugnante à Secretaria da Indústria e Comércio e Mineração (fls. 187 a 199), o compromisso firmado foi para aquisição de carbonato de cálcio importado (fl. 192), apesar de não ter detectado importação deste produto em 2004/2006.

Diz que no citado projeto é prevista a utilização de cargas adicionadas a PP, PVC PEAD e EPD, mas não há previsão de comercialização isolada de preparados a base de carbonatos de cálcio (cargas). Por este motivo, fez exclusão destas operações do Conta Corrente Fiscal relativas à utilização do benefício fiscal (fls. 170/171), cuja cópia foi entregue ao contribuinte, tendo juntado ao processo xerox dos LRAICMS (fls. 263/362), assim como o extrato de arrecadação do estabelecimento autuado, referentes àqueles exercícios (fls. 16 a 19).

Ressalta que o contribuinte foi questionado sobre as diferenças entre o Composto de Polietileno Aditivado (conforme definição de composto à fl. 185) e o preparado a base de carbonato de cálcio (fl. 181), fornecendo NCMs distintas para cada produto, apresentando o último como uma carga (conforme definição às fls. 182 e 190 – onde se diferencia claramente carga de composto).

Quanto à alegação defensiva de que não houve comercialização isolada de preparados a base de carbonato de cálcio, contesta dizendo que providenciou a modificação do nome para preparado de polietileno a base de CaCO₃ (fls. 1423/1424) sob o argumento de evitar espionagem industrial.

Observa que o impugnante não se manifestou quanto à exclusão do benefício do DESENVOLVE, relativo aos valores das operações com sucatas e do valor devido referente a diferencial de alíquota.

Salienta que é visível a classificação do IPI entre o preparado a base de CaCO₃ e o composto, visto que o primeiro é um produto químico e o segundo plástico, não deixando dúvidas quanto àquele se tratar de carga, que nos termos da Resolução 50/2003, do DESENVOLVE, não pode ser comercializada isoladamente.

Quanto à multa aplicável à infração, diz que a mesma é prevista em lei e o tema encontra-se fora de sua alçada, bem como em relação à doutrina e jurisprudência apresentada pelo defendant.

Contesta o pedido de diligência/perícia em razão do não atendimento ao binômio utilidade/necessidade, essenciais ao seu deferimento. Requer a procedência do Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF juntou às fls. 1468/1470 detalhes do pagamento de parte do débito.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado requereu a realização de diligência para averiguar regularidade de suas alegações em relação a produtos por ele comercializados que foram objeto da autuação. 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 ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

Da mesma forma, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant para a realização de perícia fiscal, tendo em vista que a mesma foi solicitada pelo defendant para confirmar alegações de que para os produtos comercializados foram indicadas codificações de NCM que não correspondem ao produto sob alegação de que para proteger fórmula de produção, não pode especificar as características reais do produto na nota fiscal. Consoante o art. 147, inciso II, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em

vista das provas produzidas nos autos. Conforme disposto no art. 150, II do RPAF/BA, a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Na situação presente foram juntados ao processo cópias das notas fiscais com indicação dos produtos comercializados, descrição técnica do processo produtivo e não há necessidade de requisitar laudo "por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada" para fornecer opinião, em face dos quesitos formulados.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à utilização indevida de crédito fiscal, falta de recolhimento do ICMS da diferença de alíquota e substituto por diferimento (refeição) e pelo uso indevido de incentivo fiscal.

Na sua impugnação, o contribuinte reconheceu o cometimento das infrações 2, 3 e 4. Portanto, não havendo qualquer discordância quanto aos valores exigidos nestas infrações, devem as mesmas serem mantidas na sua integralidade. Infrações procedentes.

Com relação à infração 1, o contribuinte foi acusado de utilizar indevidamente crédito fiscal de ICMS referente ao recebimento de mercadorias a título de empréstimo, tendo alegado na sua defesa não ser justo ter o Estado recebido o imposto por parte do remetente da mercadoria e vedada a utilização do crédito, o que implica em nova exigência do imposto.

Questionou também que o enquadramento indicado na infração vinculado a saídas amparadas com isenção ou não incidência não se aplica à situação presente e também que se desconsiderado o crédito fiscal nos meses em que foi exigido, não implica em saldo devedor.

Verifico que conforme demonstrativo elaborado pela autuante e cópias das notas fiscais juntadas ao processo (fls. 49 a 69), o autuado recebeu por meio de notas fiscais emitidas pela empresa EMBAHIA (IE 53.878.261) localizada no Centro Industrial de Aratu, diversas remessas de matéria-prima (polietileno) com indicação de "material enviado a título de empréstimo, devendo retornar".

Observo que no demonstrativo elaborado pela autuante, foram confrontados os créditos e débitos relativos a recebimentos e retornos, tendo sido exigido imposto a título de utilização indevida de crédito fiscal apenas das operações que não tiveram retorno correspondente.

O Regulamento do ICMS/BA não trata de operações de empréstimo de mercadorias. Entretanto, pelo princípio da não cumulatividade do ICMS, é assegurado a título de crédito fiscal o direito de compensar nas operações subsequentes tributadas, o valor do imposto pago em operações anteriores.

Analizando os dispositivos indicados como infringidos, verifico que o art. 93 do RICMS/BA trata da constituição de "crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário", sendo que o inciso I, alínea "b" abaixo transcrito estabelece:

I - o valor do imposto anteriormente cobrado, relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos:

...
b) de matérias-primas, produtos intermediários, catalisadores e material de embalagem, para emprego em processo de industrialização;

Por outro lado, sabe-se que o ICMS incide sobre a circulação de mercadorias e em algumas situações, mesmo não havendo circulação econômica, ocorre o fato gerador do imposto, como nos casos de doações, bonificações e transferências de mercadorias entre o mesmo titular. Nestas situações, mesmo não ocorrendo pagamento pelas mercadorias recebidas, constitui fato gerador do imposto, face à circulação da mercadoria e é assegurado o direito ao crédito fiscal do imposto pago na operação anterior (doação, bônus, transferência) se as operações subsequentes forem tributadas.

Numa interpretação contextualizada da legislação e do fato, se trata de recebimento de matérias-primas empregadas em processo de industrialização, cujo imposto foi destacado nas notas fiscais de envio a título de "emprestimo". Logo, tendo o imposto sido pago na operação anterior e a mercadoria empregada na industrialização cuja saída foi tributada (fato não trazido ao processo)

é assegurado o direito ao crédito fiscal. Entendo que o estabelecimento autuado só não teria direito à utilização do crédito fiscal, caso não houvesse recebimento das mercadorias e emprego na industrialização, o que não foi questionado.

Já o art. 97, IV, “a” do RICMS/BA, trata da vedação do crédito quando a operação de aquisição ou a prestação estiver beneficiada com isenção ou amparada por não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação. Verifico que esta regra não se aplica a operação, visto que a operação de aquisição não é beneficiada com isenção ou amparada por não-incidência, tendo em vista que a saída da mercadoria a qualquer título, inclusive “emprestimo” configura fato gerador do ICMS.

Quanto à alegação da autuante de que foi escriturado como estoque de terceiros, não desqualifica a sua utilização no processo produtivo e o direito ao crédito.

Por tudo que foi exposto, considero que não ficou caracterizada a infração, motivo pelo qual deixo de apreciar o argumento defensivo de não geração de saldo devedor com a exclusão dos créditos fiscais da operação. Infração não caracterizada.

No tocante à infração 5, relativa ao recolhimento a menos do ICMS em razão do uso indevido de incentivo fiscal (DESENVOLVE), conforme demonstrativos juntados pela autuante às fls. 170/176, foi feita a apuração do ICMS com o benefício da dilação do prazo, relativo às operações de:

- a) vendas de sucatas; b) débito do ICMS da diferença de alíquota por aquisições de mercadorias destinada a uso/consumo, e; c) vendas de preparados a base de carbonatos de cálcio.

Com relação às vendas de sucatas e débito do ICMS da diferença de alíquota, o autuado não apresentou qualquer argumento na sua defesa, o que tacitamente implica no acatamento destas acusações.

Verifico que conforme cópia da Res. 50/03 juntada à fl. 177, o art. 1º, I, “b” estabeleceu que foi concedido benefício de “diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação”.

Conforme disposto no art. 2º do Dec. 8.205/02, mediante resolução do CD Desenvolve pode ser concedido diferimento de diversas operações (bens destinados ao ativo fixo, importação, bens produzidos neste e em outros Estados, inclusive da diferença de alíquota, fornecimento de insumos *in natura*, importação e aquisições internas de peças e partes destinadas a projetos industriais...).

Dessa forma, com relação ao estabelecimento autuado, no período fiscalizado estava contemplado com o diferimento do pagamento do ICMS da diferença de alíquota apenas em relação à aquisição de bens destinado ao seu ativo imobilizado, ficando, portanto, obrigado a promover o pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao consumo.

Logo, concluo que não faz parte do incentivo concedido, o pagamento da diferença de alíquota em decorrência da aquisição de bens de consumo, e da mesma forma, a parcela devida mensal correspondente escriturada no livro de Apuração do ICMS deve ficar fora do cálculo da parcela a ser dilatada, como indicado no demonstrativo à fl. 8, estando, portanto correta a sua exclusão. Ressalto ainda, que este posicionamento foi manifestado na Instrução Normativa 27/09 de 02/06/09, conforme item 2.1.24 - Débitos de Diferença de alíquotas, com denominação de débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (DNVP). Portanto, deve ser mantida a exigência a título de recolhimento a menos apenas em relação à inclusão indevida do ICMS da diferença de alíquota na apuração da parcela incentivada.

Relativamente à comercialização de sucatas, o art. 3º do Decreto. 8.205/02, estabelece que o CD Desenvolve poderá conceder dilação de prazo para o pagamento do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo, com base em indicadores (geração de empregos/renda; regionalização do desenvolvimento; verticalização de cadeia produtiva; vocação para o

desenvolvimento regional; desenvolvimento tecnológico; responsabilidade social e impacto ambiental). Portanto, a comercialização de sucatas não integra as operações “próprias”, assim entendidas as atividades de produção e comercialização dos produtos contemplados na Res. 50/03, ficando tais operações (comercialização de sucata) fora do benefício fiscal do DESENVOLVE.

Com relação às vendas de preparados a base de carbonatos de cálcio, a empresa foi acusada de comercializar de forma isolada carbonatos de cálcio e a utilização de cargas adicionais (PP, PVC, PEAD e EPDM), o que foi contestado na defesa com argumento de que para preservar o segredo das fórmulas utilizadas, não pode emitir notas fiscais com indicação da “composição exata ou a identificação precisa dos compostos que produz”, para não ser vitimada de espionagem industrial, vindo a causar prejuízos.

Conforme esclarecido na informação fiscal, a Resolução 50/03 (fl. 177), concedeu benefício fiscal “para produzir composto branco, composto aditivo, masterbatches com carga e masterbatches coloridos”.

Conforme descrito no processo produtivo do estabelecimento autuado (fl. 1458), o mesmo consiste em adição de carbonato de cálcio e polietileno na proporção de 30% e 70%, fazendo o “polietileno passar de um estado sólido para o estado fluido o que permite a incorporação do carbonato de cálcio” tendo inclusive sido concedido diferimento nas aquisições de “polietileno, polipropileno e dióxido de titânio” (art. 1º da Res. 50/03 do CD DESENVOLVE).

De acordo com as notas fiscais relacionadas nos demonstrativos às fls. 175/176, o estabelecimento autuado adquiriu carbonato de cálcio com classificação fiscal 2836.50.00 (vide NF à fl. 200) e efetuou vendas também de carbonato de cálcio com classificação fiscal 2836.99.19.

Logo, o benefício fiscal concedido é para a produção de compostos e masterbatches com carga ou colorido, que constituem resinas plásticas (veículo), entretanto o produto adquirido e comercializado ambos são carbonatos constantes do item 28.36 da Tabela de Incidência de IPI (TIPI), cuja cópia foi juntada à fl. 212.

Pelo exposto, concluo que está correto o procedimento adotado pela fiscalização ao excluir da apuração do ICMS com benefício da dilação do prazo previsto no Programa DESENVOLVE as operações de comercialização de carbonato de cálcio, tendo em vista que não são resultantes de produção própria do estabelecimento autuado. Infração procedente.

Com relação ao percentual das multas aplicadas 60% e 100% do valor do imposto cobrado, que o autuado alega que é abusiva, que tem efeito de confisco, verifico que com relação à multa de 60% aplicada nas infrações 2 e 3, as mesmas são previstas no art. 42, II, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96 estando sujeitas a reduções de até 80% conforme disposto no art. 45-A do mencionado diploma legal, de acordo com o Anexo do Demonstrativo de Débito acostado à fl. 7

No que se refere à multa de 100% da infração 4, tipificada no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, verifico que a natureza das infrações previstas no inciso IV, que foi tipificada na autuação, reporta-se a operação ou prestação sem documentação fiscal; mercadoria encontrada sem documentação fiscal; mercadoria entregue à destinatário diverso do indicado no documento fiscal; quando documento fiscal acobertar, mais de uma vez a operação, emissão de documento fiscal com numeração em duplicidade; adulteração de documentos; não emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo; arbitramento, ou quando constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei.

Na situação presente, o levantamento fiscal foi efetuado com base nos livros fiscais devidamente escriturados, que culminou com a utilização indevida do benefício fiscal de dilação do imposto a ser pago. Conforme demonstrativo elaborado pela fiscalização, todas as operações de comercialização objeto da autuação foram devidamente registradas nos livros próprios. Dessa forma, a multa deve ser corrigida para 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, “em razão de registro de operação ou prestação tributada ..., na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido

emitidos e escriturados regularmente” prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com a retificação da multa da infração 4, 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 207090.0003/09-1, lavrado contra **PLASTCROMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$193.718,08**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “a”, “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, 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, 01 de setembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR