

PROCESSO - A. I. N° 298942.0703/09-8
RECORRENTE - IBIRÁLCOOL – DESTILARIA DE ÁLCOOL IBIRAPUÃ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão JJF n° 0356-04/09
ORIGEM - INF AZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 12/05/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0085-11/11

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL LANÇADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. VENDA INTERESTADUAL DE SUCATA. DIFERIMENTO PARA O MOMENTO DA SAÍDA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O art. 509, do RICMS/BA prevê a transferência do lançamento e recolhimento do ICMS nas operações com sucata para o momento em que ocorrer a saída para outra unidade da Federação e a comercialização de sucatas não integra o conceito de “operações próprias” prevista na Resolução 26/08 do DESENVOLVE. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. PROGRAMA DO DESENVOLVE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte adquiriu diversos materiais de uso e consumo ou materiais considerados por acessão física contabilizando-os como materiais para o ativo imobilizado. Regra de Diferimento prevista no art. 2º, I, Decreto 8.205/02 não se aplica às aquisições de material de construção. Infração não elidida. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Lançado na DMA do contribuinte imposto devido mensalmente sem o devido recolhimento. Infração caracterizada. Rejeitadas preliminares de nulidades. Indeferido pedido de Diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0356-04/09), que julgou Procedente a presente autuação, através da qual foram atribuídas ao sujeito passivo três irregularidades distintas, a saber:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas. Valor R\$ 2.256,00, multa de 60%;
2. Deixou de recolher ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Consta ainda que o contribuinte beneficiou-se de Resolução com diferimento nas operações interestaduais de aquisição de ativo imobilizado, no entanto, o benefício não contempla as operações com materiais de usos e consumo, alheio a sua atividade, imóveis por acessão física e nem serviços tributados pelo ICMS. Valor R\$ 566.902,67, multa de 60%;
3. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes às operações escrituradas nos livros fiscais próprio. Valor R\$ 20.613,96, multa de 50%;

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada na defesa, por entender que o Auto de Infração foi lavrado de acordo com o disposto nos arts. 39, RPAF, e 142, CTN, e em observância aos princípios e regras da relação jurídica tributária instaurada. Consignou, nesse tópico, que o autuado pôde exercer com liberdade o direito à ampla defesa e ao contraditório, pois o processo fiscal reproduziu e descreveu com exatidão os fatos verificados, apresentando as provas necessárias a identificar e quantificar o fato gerador e dando azo às garantias constitucionais previstas no artigo 5º, LV, CF, validade no caput do artigo 2º, Decreto nº 7.629/99. Salientou que o processo está instruído com, aproximadamente, um mil (1.000) documentos, permitindo que o contribuinte possa se defender de todas as imputações que lhe foram feitas.

Com relação especificamente às infrações 01 e 03, disse que o demonstrativo da apuração de débito relativo à infração 1 está à fl. 08 com assinatura e devido conhecimento do autuado que a ele se reportou em sua defesa; o débito teve origem na nota fiscal 42, também anexada à fl. 24. Asseverou ser incabível também a alegação de ausência de esclarecimentos acerca da infração 03, porquanto o débito correspondente nasceu da Declaração do Movimento Econômico – DME, emitido pelo próprio autuado, conforme faz prova o RESUMO FISCAL COMPLETO, anexado aos autos à fl. 21.

Constatou a existência dos elementos fundamentais na constituição do presente lançamento tributário, que demonstram a motivação da autuação e observação dos princípios basilares que norteiam a relação fisco-contribuinte, no curso do processo administrativo tributário, não incidindo em nenhum dispositivo do art. 18, RPAF, que disciplina acerca das nulidades.

Com relação ao pedido de diligência, consignou que os demonstrativos fiscais elaborados pelo Auditor Fiscal, que serviram de base para a lavratura do presente Auto de Infração, foram construídos a partir das notas fiscais emitidas ou que estão lançados na escrita do próprio autuado, logo, a ele caberia indicar quais pontos demandariam diligência, o que não foi feito. Nessa linha, indeferiu o pedido formulado pelo contribuinte, com base no art. 147 inciso I RPAF/BA.

No mérito, assim dirimiui a lide administrativa:

INFRAÇÃO 1 – “Trata-se de venda interestadual de sucata, produto incluído no Regime do Diferimento. Tem-se que o diferimento foi instituído como técnica de tributação consistente na transferência do lançamento e recolhimento de imposto incidente em determinada operação para o momento de ocorrência de operação posterior, inclusive relativo a coletas de sucatas de diversos tipos, postergando o pagamento do imposto para o momento da entrada no estabelecimento industrial ou saída do produto resultante da industrialização. Em regra, salvo as exceções previstas na legislação tributária, produtos enquadrados no regime de diferimento, o imposto deve ser pago no ato da saída do Estado.

Outrossim, o artigo 509 do RICMS/BA estabelece que é diferido o lançamento do ICMS de sucata fragmento, retalho ou resíduos para o momento em que ocorrer a saída das mercadorias para outra unidade da federação (inciso I); define que sucata é a mercadoria ou sua parcela que não se preste a mesma finalidade para a qual foi produzida (§ 1º, I), a mercadoria ou bem usados, quando destinados à utilização como matéria-prima ou material secundário por estabelecimento industrial (§ 1º, II) e esclarece que o documento fiscal deverá estar acompanhado de via do documento de arrecadação estadual ou certificado de crédito (§ 3º, I).

Por fim, o art. 3º do Decreto. 8.205/02, estabelece que o Conselho Deliberativo do 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 com base em indicadores (geração de empregos / renda; regionalização do desenvolvimento; verticalização de cadeia produtiva; vocação para o desenvolvimento regional; desenvolvimento tecnológico; responsabilidade social, impacto ambiental). Portanto, a comercialização de sucatas não integra as operações “próprias”, assim entendidas as atividades de produção e

comercialização dos produtos contemplados na Resolução 26/08, ficando tais operações (comercialização de sucata) fora do benefício fiscal do DESENVOLVE.

Posto isso, entendemos que infração à legislação do ICMS restou configurada, deixando o sujeito passivo de efetuar o recolhimento, nas saídas para outro Estado, de produto beneficiado pelo regime de diferimento, independente do autuado não expressar o tipo de sucata, objeto da saída na nota fiscal 0042 de sua emissão. Procedente a exigência de ICMS no valor de 2.256,00”.

INFRAÇÃO 2 – “Manuseando os autos do processo e a legislação que rege à espécie, verifico que foi elaborado demonstrativo fiscal, fls. 08/20, discriminando os documentos fiscais mês a mês que compuseram o rol das aquisições, objeto do presente questionamento.

Observo, antes, que a Resolução nº 26/2008 do Conselho Deliberativo do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, pactuada com o sujeito passivo habilita ao benefício do diferimento de lançamento e pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens em outras unidades da Federação destinados ao ativo fixo relativamente a diferencial de alíquotas (art. 1º, I, “c”).

O demonstrativo supra referido, fls. 08/20, relaciona aquisições, cujas cópias das respectivas notas fiscais, anexas aos autos, indicam que se trata de materiais de naturezas diversas, tais como material para uso e consumo ou materiais considerados “por acessão física”, assim entendidos aqueles que são aplicados na construção de um imóvel, não considerados para fins do ICMS como bens do ativo, estando vedado o direito ao crédito, conforme ensina o art. 97, IV, e § 2º inciso III RICMS-BA, portanto, fora do alcance do benefício fiscal.

À guisa de exemplo encontram-se relacionados furadeiras, cabos para enxada (fl. 26), gêneros alimentícios (fl. 30); malotes (fl. 52); peças diversas (fl. 76), papel higiênico (fl. 102), chapa de aço (fl. 191); tábuas de pinus (fl. 512); material hospitalar (fl. 531); medicamentos (fl. 804); lâmpadas (fl. 855); ferramentas (fl. 869). Mediano concluir que as mercadorias citadas não caracterizam bens do ativo, as entradas das mesmas não devem ocorrer sob o amparo do diferimento sendo, então, devido o recolhimento da diferença de alíquota. Aliás, essa circunstância é identificada nas notas fiscais pelo próprio estabelecimento que, na entrada das mercadorias, classifica-as como material de consumo ou outras, conforme documentos fiscais anexos ao presente processo.

É cediço que o ICMS é um imposto cujo fato gerador são as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Para fins de ICMS, mercadoria é conceituada como “qualquer bem móvel, novo ou usado, suscetível de circulação econômica, inclusive semoventes e energia elétrica, mesmo quando importado do exterior para uso ou consumo do importador ou para incorporação ao ativo permanente do estabelecimento” (art. 1º, § 4º do RICMS-BA).

O Código Civil Brasileiro, Lei nº 10.406/2002, a seu tempo, estatui no seu art. 79 que “são bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”, sendo que a doutrina classifica como imóvel por acessão física o material de construção utilizado em obra de construção civil, uma vez que passa da condição de bem móvel para a condição de bem imóvel no momento da sua aplicação na obra.

Assim, apesar de que, segundo a linguagem técnico-contábil os materiais de construção, ao serem aplicados na obra, de bens móveis passam a imóveis, podendo ser classificados nos títulos do ativo como valores imobilizados ou bens patrimoniais, não o são a título de ICMS, por não serem considerados mercadorias, frente à destinação de bem imóvel.

Frente a tudo exposto, conclui-se que a regra do diferimento prevista no art. 2º, inciso I do Decreto nº 8.205/2002 não se aplica às aquisições de material de construção destinado à construção, vez que para fins de ICMS, não são considerados como mercadorias, e sim, destinados a bem imóvel. Portanto, procedente a exigência do ICMS diferencial de alíquotas da infração 02, no valor de R\$ 566.902,67”.

INFRAÇÃO 3 – “A exigência é para ICMS que não foi recolhido nos prazos regulamentares, estando lançado na escrita do contribuinte. De igual modo, restou, efetivamente, caracterizado o seu cometimento nos autos, tendo em vista o documento extraído do sistema da SEFAZ apontar a falta de recolhimento (fl. 21). A Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) enviada pelo contribuinte, nos meses da exigência, constam como imposto normal devido, os valores apurados na ação fiscal sem os respectivos pagamentos.

Portanto, procedente a infração apontada na inicial no valor de R\$ 20.613,96”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 1.077/1.101, suscitando preliminar de nulidade da Decisão impugnada e do Auto de Infração, sob os seguintes argumentos:

- I. O Auto de Infração, da maneira como foi lavrado, veicula latente cerceamento do amplo direito de defesa do recorrente, devendo ter sua nulidade decretada, na medida em que: *a)* não apresenta as razões justificadoras da respectiva lavratura; *b)* não especifica nem detalha as supostas infrações 1 e 3; *c)* não menciona muito menos discrimina individualmente os bens não caracterizados como ativo imobilizado, bem como os débitos já pagos pelo recorrente no que concerne à infração 3; e *d)* não fundamenta a aplicação das multas para todas as infrações que foram imputadas.
- II. Discorre sobre a garantia constitucional do contraditório e os princípios norteadores do processo administrativo fiscal, asseverando que, com base neles, não há espaço para presunções, omissões e falta de rigor na imputação de infração ao contribuinte pela autoridade fiscal.

Sustenta que, no caso em apreço, a ilustre autoridade autuante, ao não fundamentar, demonstrar, vincular notas fiscais ou quaisquer outras informações e documentos às infrações descritas como “Infração 01” e “Infração 03”, impediu de forma flagrante que o recorrente conhecesse as infrações que lhe foram atribuídas, o que claramente cerceia o direito de defesa e, por consequência, infringe todos os princípios e a legislação acima mencionados.

- III. Especificamente com relação à “Infração 3”, observa que a ilustre autoridade autuante reconheceu o pagamento do diferencial de alíquota de ICMS em algumas operações, contudo o fisco não demonstrou individualmente em suas planilhas quais seriam os débitos que foram pagos, mas apenas indicou o montante pago por cada mês de apuração, o que, mais uma vez, impede que o recorrente entenda de forma clara qual é o montante do débito cobrado.
- IV. Destaca que não se pode admitir que os princípios do contraditório e da ampla defesa tenham sido satisfeitos em sua plenitude simplesmente porque o conteúdo do Auto de Infração incluiria uma descrição dos fatos; é necessário que o Auto de Infração indique a base legal infringida e, além disso, contenha, ainda que de forma concisa, a relação de pertinência lógico-jurídica entre os fatos e a suposta infração.
- V. Frisou que, na aplicação das multas para todas as infrações, a ilustre autoridade fiscal não justificou a plausibilidade destas, limitando-se apenas a mencionar friamente os dispositivos que dão validade às citadas multas, sem ao menos considerar que o próprio Decreto que regulamenta o processo administrativo fiscal no Estado da Bahia contemplou diversas hipóteses de relevação da multa, de acordo com o que se depreende do conteúdo do artigo 159 do Decreto Estadual nº 7.629/99.

Quanto ao mérito, argumenta:

INFRAÇÃO 1 – Afirma não ter tido acesso a maiores informações e esclarecimentos sobre o débito em questão, fato que cerceou seu direito à ampla defesa em virtude da ausência de motivação à cobrança do débito em questão.

Diz que, somente por meio da leitura do acórdão recorrido, tomou ciência de que a Infração 01, na verdade, dizia respeito à suposta venda interestadual de sucata, operação na qual, também de

acordo com o acórdão recorrido, deveria ter sido supostamente recolhido o ICMS, uma vez que ao recorrente não se aplicaria o artigo 3º, do Decreto Estadual nº 8.205/02, o qual concede a dilação de prazo para pagamento do ICMS nas operações consideradas “próprias” do contribuinte.

Segundo o recorrente, isso comprova o cerceamento de defesa cometido pelo fisco: não há nenhuma referência a operações com sucata na autuação.

Salienta que a negativa de aplicação do benefício trazido pelo artigo 3º em referência foi justificada pelo acórdão recorrido pelo fato de que o recorrente não teria realizado operações próprias, assim entendidas as atividades de produção e comercialização dos produtos consagrados na Resolução nº 26/08 do Conselho do Bahia Desenvolve, contudo, a referida resolução não fez qualquer conceituação ou comentário sobre o que seria considerado como “operação própria” ou, ainda, impôs qualquer limitação à fruição do benefício do artigo 3º, do Decreto Estadual nº 8.205/02.

Tal fato, segundo o recorrente, além de indicar a imprecisão do acórdão recorrido ao justificar a manutenção da cobrança em questão, também deixa claro que apenas com a prévia manifestação do Conselho do Bahia Desenvolve sobre a exata conceituação do que seria considerado como “operações próprias”, e, por consequência, sobre se o recorrente estaria apto a fruir do artigo 3º, do Decreto Estadual nº 8.205/02, poderiam os nobres julgadores confirmar a manutenção do imposto exigido na autuação.

INFRAÇÃO 2 – Sustenta ser beneficiário do Programa Desenvolve, fazendo jus ao benefício do diferimento do diferencial de alíquotas na aquisição interestadual de bens destinados ao seu ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, conforme Resolução nº 21/2008, do Conselho Deliberativo, que foi posteriormente ratificada pela Resolução nº 26/2008.

Diz que, com base em tal ato concessório, o Fisco estadual só poderia exigir o referido diferencial de alíquota em momento posterior à desincorporação dos bens de seu ativo fixo, se referida desincorporação fosse promovida antes de decorridos dois anos da data de aquisição do referido ativo. Salienta que a fruição do diferimento do diferencial de alíquotas não está condicionada a determinado uso/destinação dos bens adquiridos, ou seja, basta que o bem adquirido seja destinado ao ativo fixo, pouco importando o uso que dele se pretenda fazer.

Nesse contexto, afirma que gozou do benefício fiscal relativo ao diferencial de alíquotas do ICMS, nos anos de 2007 e 2008, em função de ter adquirido bens destinados ao seu ativo fixo, em conjunto com o respectivo transporte, empregados na construção e instalação de sua unidade produtiva. Cita que o lançamento dessas mercadorias como bens do ativo reflete a melhor prática contábil, na medida em que os dispêndios incorridos com a respectiva aquisição não podem ser considerados como despesa. Somente haverá reconhecimento contábil de despesas com a devida depreciação do referido ativo imobilizado.

Afirma que o conceito de ativo imobilizado ou fixo não está vinculado, exclusivamente, ao conceito bem imóvel, devendo ser utilizada a definição do artigo 179, inciso IV, da Lei nº 6.404/76 (conhecida como Lei das Sociedades Anônimas), segundo o qual o conceito de ativo imobilizado está intrinsecamente relacionado à consecução e manutenção das atividades empresariais em função de bem corpóreo ou material.

Defende que o conceito de ativo imobilizado é amplo e contempla todo e qualquer bem, seja ele imóvel ou móvel, desde que tal bem seja conexo e indispensável à manutenção do objeto social da empresa. Logo, integram o ativo imobilizado todo e qualquer bem de duração prolongada, desde que destinado à manutenção das atividades da pessoa jurídica (e não somente as atividades operacionais), independentemente de sua aplicação direta nas operações que perfazem o objeto social da mesma.

Traz doutrina extraída do Manual de Contabilidade da renomada Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras da FEA/USP – FIPECAFI e a Norma de Pronunciamento Contábil nº 7/01 do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil - IBRACON, órgão que regula a

atividade contabilista no Brasil, que são peremptórias ao confirmar que está incluído no conceito de ativo imobilizado previsto no artigo 179, inciso IV, da Lei nº 6.404/76 quaisquer Recursos empregados na construção de bens corpóreos.

Salienta que, muito embora os nobres julgadores no v. Acórdão recorrido ainda tentem argumentar no sentido de que algumas notas fiscais juntadas ao processo administrativo em epígrafe são classificadas pelos vendedores do recorrente como venda de bens de uso e consumo, tal fato, por si só, não faz com que os bens adquiridos percam a qualidade de ativo imobilizado, uma vez que foram posteriormente incorporados ao ativo imobilizado, de acordo com o que dispõe a lei das sociedades anônimas e, ainda, refletindo a melhor prática contábil, que é o que importa.

Assevera que se aplica o mesmo princípio contido no conceito de bens imóveis por acessão física trazido pelo Auto de Infração em debate e pelo acórdão recorrido, ou seja, apesar dos materiais de construção serem considerados como bens móveis nas saídas anteriores à posse direta desses pelo recorrente, quando por ela adquiridos passam a ser imóveis por acessão física (que também são considerados como ativo imobilizado, conforme explicado acima).

Entende que a limitação imposta pela fiscalização, além de clara deturpação do conceito de ativo imobilizado, também materializa cristalina ofensa aos objetivos almejados pelo Programa Bahia Desenvolve e ao princípio da boa-fé, norteador do processo administrativo fiscal.

Dia que o Auto de Infração em epígrafe, da maneira como foi lavrado, assim como o acórdão recorrido, materializam uso indevido de competência do Conselho Deliberativo do Bahia Desenvolve, a quem compete estabelecer qualquer limitação aos benefícios previstos no Programa Bahia Desenvolve, por força do art. 4º, da Lei Estadual nº 7.980/81, combinado com o art. 2º, I, c, do Decreto Estadual nº 8.205/02.

Pede, alternativamente, a exclusão da multa punitiva e dos juros, com base no art. 100, do CTN, segundo o qual o atendimento a atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas *"exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo de tributo"*.

Além disso, aduz o recorrente que sua conduta está lastreada em ato normativo proferido por autoridade administrativa, qual seja a Resolução nº 021/2008, editada pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve, que garante o direito de fruir do diferimento do diferencial de alíquotas incidentes sobre a aquisição interestadual de bem destinado à composição do ativo fixo, sem nenhuma limitação nesse sentido, devendo, por isso, ser aplicado o art. 159, do RPAF, que igualmente exclui a sanção pelo descumprimento de obrigação principal.

INFRAÇÃO 3 – Aduz que não foram fornecidas maiores informações e esclarecimentos sobre os débitos em questão, o que implica em flagrante cerceamento ao seu direito de defesa, constando do próprio acórdão recorrido que o recorrente não conseguiu obter maiores informações acerca da infração em referência.

Assevera que o acórdão em apreço julga devido o imposto cobrado apenas mencionando que o suposto débito foi apurado pela Declaração e Apuração Mensal do ICMS por ela entregue à fiscalização, sem indicar a base legal aplicável à Infração 03 foi exposta pelo Auto de Infração em epígrafe ou pela Decisão recorrida.

Diz que, em função desses fatos, o recorrente se vê impossibilitado de apresentar qualquer argumento de defesa, em virtude da falta de identificação precisa e descrição do suposto fato gerador verificado, com manifesta ofensa ao art. 142, do CTN.

Multas – Considerando que o recorrente é pessoa jurídica que: (i) fomenta a economia local, por meio da geração de diversos empregos diretos e indiretos; (ii) arrecada aos cofres públicos do Estado da Bahia os tributos a ele devido e, por fim; (iii) é pessoa jurídica idônea com histórico fiscal respeitável, pleiteia a relevação das multas a ela aplicadas na hipótese de não serem

reconhecidos todos os argumentos expostos nos itens acima, de acordo com o que dispõe o artigo 918 do RICMS/BA.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 1.126/1.130, opinou pela rejeição da preliminar de nulidade suscitada, por terem sido atendidos os requisitos do art. 39, do RPAF, e, no mérito, pelo não provimento do Recurso Voluntário, sob os seguintes argumentos: a) infração 1 – o sujeito passivo não pode utilizar o benefício do art. 3º, do Decreto nº 8.205/02, pois a comercialização de sucata não se insere no rol de operações beneficiadas; b) infração 2 – para fins de tributação pelo ICMS, os materiais destinados à construção de imóvel não são considerados mercadorias, sendo, por isso, vedada a utilização do crédito, em consonância com o art. 97, IV e §2º, inciso III, do RICMS; c) infração 3 – à fl. 21, consta documento da SEFAZ indicando a falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares e na DMA apresentada pelo contribuinte aparece, nos meses relativos à presente exigência, os valores do imposto normal devido ao Fisco sem os respectivos recolhimentos.

VOTO

Consoante relato, são quatro, basicamente, os fundamentos utilizados pelo Recorrente para respaldar a preliminar de nulidade suscitada na defesa e renova em sede de Recurso Voluntário, a saber: **a)** não foram apresentadas as razões justificadoras da lavratura do Auto de Infração; **b)** não há especificação ou detalhamento das infrações 1 e 3; **c)** não há menção ou discriminação individualizada dos bens não caracterizados como ativo imobilizado, nem dos débitos já pagos pelo recorrente no que concerne à infração 3; e **d)** a aplicação das multas não foi fundamentada.

A prefacial, entretanto, não encontra abrigo nos elementos constantes dos autos, pois, ao revés do quanto alega o recorrente, todas as infrações constantes do presente lançamento de ofício estão devidamente justificadas na constatação, pelo menos em tese, pelo auditor fiscal, de três ilícitos tributários supostamente praticados pelo sujeito passivo.

Veja-se que no próprio Auto de Infração há expressa indicação da falta atribuída ao contribuinte, do valor do imposto devido, dos dispositivos infringidos e dos que respaldam a incidência da multa por descumprimento de obrigação principal, tudo a fornecer ao sujeito passivo todos os elementos necessários a que tenha efetivo conhecimento da exigência.

Acompanhando o lançamento de ofício, encontram-se os demonstrativos elaborados pelo autuante, separados por infração, donde se extrai que:

- I. A infração 1 decorreu da venda de sucata, conforme Nota Fiscal nº 42, emitida pelo recorrente em 07/02/2008, sem destaque do ICMS (fl. 24).
- II. A cobrança relativa à infração 2 refere-se à diferença de alíquota de operações que, segundo o autuante, não se enquadram na hipótese de dispensa. Foram acostados aos autos os demonstrativos de fls. 08/20 e todas as notas fiscais sobre as quais recaíram as exigências (fls. 25/988), constando, ainda, o abatimento do ICMS recolhido pelo sujeito passivo em cada período.
- III. Quanto à infração 3, foi acostado aos autos formulário extraído do Sistema INC da SEFAZ, denominado “Resumo Fiscal Completo”, indicando divergência entre o ICMS normal informado na DMA e o valor recolhido pelo Recorrente, tendo sido tais divergências, justamente, lançadas neste auto.

Fica, destarte, demonstrado que as infrações 1 e 3 foram devidamente detalhadas e fundamentadas, que os pagamentos realizados pelo sujeito passivo foram levados em consideração e, quanto à infração 2, que houve indicação precisa dos bens que, na ótica do autuante, foram indevidamente considerados como ativo imobilizado, para fins de fruição de benefício de diferimento obtido pelo sujeito passivo mediante resolução.

No tocante às multas, a sua imposição decorre da Lei nº 7.014/96 e não carece de fundamentação que extrapole o próprio descumprimento de obrigações acessórias e principais previstas na legislação tributária.

Assim, tendo sido atendidos todos os requisitos do art. 39, RPAF, e, por outro lado, não se vislumbrando quaisquer dos senões do art. 18, do mesmo regulamento, **rejeito a prefacial suscitada.**

No mérito, com relação à infração 1, é importante reiterar que o demonstrativo de fl. 07 indica, de forma clara e precisa, que a exigência do ICMS sob a acusação de ter praticado operação tributável como não tributável refere-se à Nota Fiscal de Saída nº 42 (fl. 24), emitida pelo sujeito passivo para materializar uma operação de venda de sucata. Logo, não se pode falar em existência de óbice ao exercício da defesa por parte do recorrente.

Analisando a operação propriamente dita, como a venda tinha como destinatário pessoa física/consumidor final situado em outro Estado da Federação (Alagoas), tratava-se, de fato, de operação tributável, não havendo incidência da regra de diferimento prevista no art. 509, do RICMS, *in verbis*:

“Art. 509. É diferido o lançamento do ICMS incidente nas sucessivas saídas de lingotes e tarugos de metais não-ferrosos classificados nas posições 74.01, 74.02, 75.01, 76.01, 78.01, 79.01 e 80.01 da Tabela de Incidência do IPI, bem como nas sucessivas saídas de sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias, com destino a estabelecimentos situados neste estado, para o momento em que ocorrer a saída:

I - das mercadorias para outra unidade da Federação ou para o exterior;

II - das mercadorias com destino a consumidor ou usuário final; ou

III - dos produtos fabricados com essas matérias-primas.

§ 1º Considera-se sucata:

I - a mercadoria ou parcela desta que não se preste para a mesma finalidade para a qual foi produzida, sendo irrelevante que a mercadoria ou a parcela conserve a mesma natureza originária;

II - a mercadoria ou bem usados, quando destinados à utilização como matéria-prima ou material secundário por estabelecimento industrial”.

No que concerne à incidência do art. 3º, do Decreto nº 8.205/2002, este Conselho já pacificou o entendimento no sentido de que o Programa DESENVOLVE, por ter o objetivo de ampliar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado da Bahia, aplica-se, exclusivamente, às **“operações próprias”** do sujeito passivo, assim entendidas aquelas decorrentes de processo de industrialização realizado no estabelecimento beneficiário. As operações de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros ou, como na espécie, sucatas, não se enquadram no conceito de operações próprias e, portanto, não ensejam a aplicação dos benefícios.

De qualquer modo, a operação incentivada pelo DESENVOLVE não é desonerada do ICMS, o que significa dizer que a nota fiscal sai com destaque do ICMS devido; o ajuste que se faz é no momento da apuração do imposto devido no período, separando-se a parcela normal daquela que é sujeita à dilação e, após, à incidência do desconto pela antecipação. No caso, o recorrente não destacou ICMS na nota fiscal de venda de sucata, o que reforça o equívoco de seu procedimento.

No que concerne à infração 2, a análise das notas fiscais trazidas ao feito pelo autuante (fls. 25/988) demonstram que se tratam de operações de aquisição de bens de uso e consumo do estabelecimento recorrente, a exemplo de cabos, calçados, tubos, anéis, serviços de transporte, materiais elétricos, materiais para pintura, alimentos, luvas, rolos, estopas etc.

Tais mercadorias, como bem esclareceu o autuante em sua informação fiscal, não conferem direito ao crédito do imposto consignado nas respectivas notas fiscais de aquisição, conforme o art. 97, IV, “c”, c/c o §2º, do RICMS, e, ainda, a sua aquisição é fato gerador do ICMS-diferença de alíquotas, conforme os arts. 1º, §2º, IV, 5º, I, 111, III, “a”, todos do RICMS, *in verbis*:

“Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§ 2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

(...)

§ 2º O ICMS incide sobre:

(...)

IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes;

“Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;”.

“Art. III. Constitui débito fiscal, para efeito de cálculo do imposto a recolher:

(...)

III - o valor correspondente à diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de mercadorias ou bens destinados a uso, consumo ou ativo imobilizado do adquirente;”.

Registre-se que o tratamento tributário desses materiais não é alterado mesmo que sejam aplicados em obra e que se tornem imóveis por acessão física. É o que dispõe o art. 97, IV, “c”, c/c o §2º, do RICMS:

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

(...)

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

(...)

c) se referir a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento;

(...)

§ 2º Para os efeitos da alínea “c” do inciso IV, consideram-se alheios à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, dentre outras situações:

(...)

III - os imóveis por acessão física”.

Revela-se, portanto, impertinente toda a argumentação do sujeito passivo em derredor da sua habilitação para fruir do diferimento do diferencial de alíquotas na aquisição interestadual de bens destinados ao seu ativo fixo, para o momento em que ocorrer a sua desincorporação, conforme Resolução nº 21/2008, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, que foi posteriormente ratificada pela Resolução nº 26/2008. Isso porque as mercadorias em análise, de acordo com a legislação do ICMS, não se inserem no ativo fixo do recorrente; são bens de uso e consumo ou simplesmente mercadorias alheias às atividades do sujeito passivo e que se tornam imóveis por acessão física, mas, em qualquer caso, não se confundem com o ativo permanente nem afastam a exigência da diferença de alíquotas.

No que tange à infração 3, trata-se da exigência do ICMS que foi escriturado pelo sujeito passivo em sua DMA, mas não foi recolhido. Não cabe ao fisco, nesta situação, trazer ao Auto de Infração maiores esclarecimentos sobre os fatos geradores; eles – os fatos geradores – foram captados pelo próprio contribuinte e lançados em sua escrituração fiscal. A falta de recolhimento do imposto lançado é, suficiente para respaldar a exigência, cabendo ao contribuinte, se for o caso, provocar a sua reescrituração contábil, demonstrando, operação por operação, que o débito de imposto lançado na sua DMA não existe ou não representa o montante indicado na escrituração original.

Sem isso, a manutenção do lançamento é medida que se impõe.

Por derradeiro, o pedido de redução ou dispensa das multas por descumprimento de obrigações principais deverão ser formulados perante a Câmara Superior, atendidos os demais requisitos previstos no art. 159, do RPAF. Falece a esta Câmara competência para apreciá-lo.

Ante o exposto, na esteira do opinativo da PGE/PROFIS, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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** o Auto de Infração nº **298942.0703/09-8**, lavrado contra **IBIRÁLCOL – DESTILARIA DE ÁLCOL IBIRAPUÃ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$589.772,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$569.158,67 e 50% sobre R\$20.613,96, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e I, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTI-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS