

**A. I. Nº** - 207103.0002/11-7  
**AUTUADO** - MONSANTO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS  
**AUTUANTES** - LINDINALVA RODRIGUES DA SILVA e LAUDELINO PASSOS DE ALMEIDA  
**ORIGEM** - INFRAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 23.11.2011

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0284-02/11**

**EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. a) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração não elidida, comprovada a destinação das mercadorias para uso e consumo. b) SERVIÇO DE TRANSPORTE. Infração não elidida, comprovada que as prestações de serviços de transportes em lume não estão vinculadas a operações subsequentes com incidência do ICMS. 2. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO APURAÇÃO E O EFETIVAMENTE RECOLHIDO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração mantida, não impugnada. 3. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Ficou demonstrado que o sujeito passivo ao aplicar a fórmula de cálculo estabelecida pela IN nº 27/09, item 2, no que se refere aos CNVP, item 2.2, não deveria lançar como crédito (CNVP) de ICMS os valores de apontados pelo autuante, respectivamente de fevereiro e outubro, pois os mesmos eram vinculados ao projeto. Assim, aumentou os valores albergados pelo benefício e reduziu os devidos sem o amparo da dilação do prazo de pagamento do imposto. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2011, reclama ICMS no valor total de R\$606.164,67, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de materiais de uso e consumo oriundos de outras unidades da federação crédito reclamado R\$ 69.553,84, multa de 60%. Consta que o sujeito passivo quanto das aquisições de materiais para uso e consumo: peças sobressalentes, material de substituição, peças de reposição (inclusive spar parts), material para recuperação, como também notas fiscais lançadas nos arquivos magnéticos, e nos livros de registro de entradas de mercadorias com CFOP 2556, mas que não foram relacionadas nos demonstrativos de apurações do ICMS DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS, elaborados pela autuada, e anexos ao presente PAF, por consequência não apurados as diferenças de alíquotas respectivas;

2 – deixou de recolher ICMS referente à diferença de alíquota na utilização de serviço de transporte cuja prestação teve início em outra unidade da federação, não sendo vinculada a

operação ou prestação subsequente, alcançada pela incidência do imposto crédito reclamado R\$17.409,74. Multa de 60%;

3 – recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do ICMS recolhido e o escriturado no livro RAICMS R\$ 1.000,00. Multa de 60%;

4 – recolheu a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo programa DESENVOLVE, ICMS reclamado R\$ 511.451,12. Multa de 60%. Consta que o autuado apurou e recolheu a menos o ICMS da parcela não sujeita a dilação de prazo, em função da inclusão dos créditos extemporâneos – Importação de embalagens- no cálculo do CNVP – créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado – Em fevereiro de 2010, parcelas de R\$37.952,50, NFE 7427 e R\$ 55.691,40 NFE 7643, totalizando R\$93.643,90 e em outubro de 2010, do mesmo modo a autuada incluiu nos cálculos do CNVP – créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado, no livro RAICMS número 10, fl. 31, em outros créditos, pedido de restituição ICMS deferido conforme art. 75, I do RPAF, Dec. 7629/99, processo 18196720098, parecer número 19348/210, valor de R\$418.076,20, referente às restituições de ICMS dos recolhimentos efetuados indevidamente quanto das saídas de remessas de catalisadores esgotados e paládio destinados para industrialização (recuperação dos catalisadores), realizados por terceiros, quando as operações eram amparadas pela suspensão do ICMS, esclarecendo que, tanto as embalagens importadas, quanto os catequizadores recuperados fazem parte dos produtos constantes dos projetos aprovados pelo DESENVOLVE. A Monsanto infringiu, além dos artigos do RICMS/BA, aprovado pelo DEC. 6284/97, também o Dec. Número 8205/2002, e a IN número 27/09 que disciplinam os cálculos dos ICMS não dilatados, e os ICMS sujeitos a dilação;

5 – recolheu a menos o ICMS devido nas importações de mercadorias do exterior em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, valor reclamado R\$6.749,97. Multa de 60%.

O autuado, às fls. 802 a 829, apresenta defesa afirmando, inicialmente, que deixa de impugnar as infrações descritas nos itens 3 e 5 do Auto de Infração, uma vez que recolheu a integralidade dessa parte do crédito tributário, conforme se verifica do comprovante de pagamento ora anexado (doc. 4).

Em relação aos itens 1, 2 e 4, informa que não concorda com o lançamento realizado, razão pela qual passa a discuti-lo nessa instância administrativa, de modo a demonstrar a sua improcedência.

Lembra que tem por objeto social a fabricação de herbicidas e defensivos agrícolas (doc. 01), motivo pelo qual faz jus a incentivo fiscal concedido pelo Estado da Bahia por intermédio do Decreto nº 6.734, de 09 de setembro de 1997. Afirma que o citado Decreto, determina que o pagamento de ICMS fica diferido para o momento em que ocorrer a desincorporação do ativo imobilizado na hipótese de bem importado ou adquirido em outra unidade da Federação, conforme art. 5º, inciso III.

Assegura que ao fazer referência ao art. 2º, inciso II-A, do Decreto 6.734/97, a parte final do prescritivo legal antes transcrito acaba por definir que o diferimento em questão perdurará pelo prazo de 10 (dez) anos, contados do internamento do bem destinado ao ativo fixo no Estado da Bahia.

Registra que o benefício fiscal aqui tratado engloba não só o diferencial de alíquota em relação à circulação em si de mercadorias destinadas ao ativo fixo da empresa, mas também a hipótese de serviços de transporte desse tipo de bem.

Entende que não há que se falar em interpretação restritiva da norma. Logo, as operações de serviço de transporte interestadual também são contempladas por esse benefício, desde que, é claro, tais operações decorram da aquisição de bens do ativo fixo.

Argumenta que, ao analisar as infrações descritas nos itens 1 e 2 do Auto de Infração, percebe que a Fiscalização parte do pressuposto que todas as aquisições feitas pela Impugnante e discriminadas em tais tópicos seriam destinadas para seu uso e consumo, passando a descrever a duas infrações.

Defende-se o autuado alinhado que, ao contrário do que alega a Fiscalização, várias das operações por elas indicadas não fazem referência à aquisição de bens destinados ao uso e consumo da empresa, mas dizem respeito a bens do seu ativo fixo.

Traz com exemplo as seguintes arguições: a Nota Fiscal nº 000060379 (doc. 05), que se refere à aquisição de conjunto de peças de balanças, as quais, por sua vez, integram o maquinário destinado à pesagem e fabricação dos herbicidas produzidos pela Impugnante. Alinha que a internação deste bem no Estado da Bahia, por sua vez, está retratada no Conhecimento de Transportes Rodoviário de Cargas nº 150.023 (doc. 05); a Nota Fiscal nº 000001285 (doc. 05), que retrata a compra pela Impugnante de junta metálica, retentores e anel oring com diâmetro de 18,72 mm, todos eles bens que também integram o maquinário destinado à sua produção industrial. Consigna que tais bens foram internados no Estado baiano mediante Conhecimento de Transportes Rodoviário de Cargas nº 152.904 (doc. 05) e a Nota Fiscal nº 0001509 (doc. 05), que diz respeito à aquisição de tubo grafite e jogo de juntas Polytube, que também são bens integrantes do ativo fixo da Impugnante e que foram inseridos na Bahia mediante Conhecimento de Transportes Rodoviário de Cargas (doc. 05).

Argumenta que, além dessas, existem outras inúmeras aquisições retratadas pelas Notas Fiscais e Conhecimentos de Transportes Rodoviário de Cargas aqui anexadas (doc. 05) que se referem à aquisição de bens do ativo imobilizado da Impugnante e não de bens para seu uso e consumo.

Considera ter havido imprecisão no lançamento, trazendo doutrina de Paulo de Barros Carvalho e decisão do STJ, (REsp 602.228/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 11/09/2007, DJ 26/09/2007, p. 200) (g.n.).

Afirma que os bens adquiridos pela empresa se amoldam, perfeitamente, no conceito de bens do ativo imobilizado.

Argumenta que, como é sabido, à exceção da prestação de serviços de transporte e de comunicação, o único fato econômico que pode sujeitar-se à incidência do ICMS é a circulação de mercadorias, bem como a simples transferência de propriedade do bem da empresa vendedora para o ativo fixo da Impugnante não configura, para fins de incidência de ICMS, circulação de mercadoria, exatamente porque os bens destinados ao ativo fixo não configuram mercadorias, uma vez que mercadoria é aquilo que se compra para revender, o que certamente não inclui os bens do ativo fixo, comprados para utilização na atividade empresarial da empresa sem intuito de lucro na operação.

Entende que o artigo 6º, inciso II, da Lei 6763/75 considera fato gerador do ICMS apenas as entradas de mercadorias, independentemente da existência da documentação fiscal. Não é, pois, a entrada de qualquer bem que se submete às disposições do artigo supra-referido, mas apenas a entrada de mercadorias, assim conceituada como sendo o bem móvel, sujeito à mercancia.

Alinha decisões do STJ, (Superior Tribunal de Justiça, R.Esp. nº 43.057-7/SP, publicado no Repertório IOB de Jurisprudência 14/94, pág. 269, volume I) (g.n.) e (RE 194.300.9, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 29.4.97, D.J.U. 1 de 12.9.97).

Conclui que os bens destinados ao ativo fixo que entraram no estabelecimento da Impugnante, em hipótese alguma, podem ser classificados como mercadorias, haja vista que falta a eles um requisito essencial, qual seja, sujeitarem-se à mercancia.

Destaca, ainda no que diz respeito às infrações 1 e 2 do presente Auto de Infração, que parte do montante exigido a título de ICMS refere-se à entrada de bens na empresa que estavam retornando

de conserto e que, também indevidamente, foram considerados pela Fiscalização como bens para uso e consumo da Impugnante. A própria descrição fiscal dessa infração corrobora que tais bens estavam retornando de conserto, conforme se observa do trecho abaixo transcrito:

*Infração 02 – 06.03.01*

*Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquota na utilização de serviço de Transporte cuja prestação teve início em outra unidade da federação, não sendo vinculada a operação ou prestação subsequente alcançada pela incidência do imposto.*

*A MONSANTO NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO, NOS RETORNOS INTERESTADUAIS DE MÁQUINAS ENVIADAS PARA CONserto, SENDO O TOMADOR DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTES DAS RESPECTIVAS OPERAÇÕES, CONDIÇÃO FOB, NÃO EFETUOU OS PAGAMENTOS DAS DIFERENÇAS DE ALÍQUOTAS (p. 2 do Auto de infração) (g.n.).*

Traz exemplo de bens que retornaram do conserto conforme: o bem retratado na nota fiscal nº 4296 (transmissor fluxo de massa) retornou do seu fabricante no Estado de São Paulo depois de conserto, conforme se observa, expressamente, do campo NATUREZA DA OPERAÇÃO da aludida nota fiscal. O produto ali identificado regressou do conserto, mais precisamente, em 13 (treze) de julho de 2010, sendo sua entrada amparada pelo Conhecimento de Transporte Rodoviário nº 076.591; os bens descritos nas notas fiscais nºs 3026, 3027 e 3028 (transmissor nível e transmissor pressão) que regressaram de assistência técnica realizada em São Paulo, conforme também se observa do campo NATUREZA DA OPERAÇÃO de tais notas. Os produtos ali identificados efetivamente retornaram para o estabelecimento da Impugnante na Bahia no dia 15 (quinze) de setembro de 2010, conforme comprovado pelo Conhecimento de Transporte Rodoviário nº 225.348.

Consigna opinião de Roque Carazza, quando, ao tratar do ICMS e decisão do STJ, (Resp 1125133/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25/08/2010, DJe 10/09/2010) (g.n.), bemcomo do STF, (AI 784280 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010, DJe-218 DIVULG 12-11-2010 Public. 16-11-2010 EMENT VOL-02431-03 PP-00500) (g.n.).

Complementa seu argumento afirmando que é exatamente por conta do entendimento alhures esposado que o RICMS baiano prevê que a remessa de mercadorias para conserto está sujeita a suspensão de ICMS, conforme dispõe o seu art. 341, inciso I.

Quanto à infração 04, lembra que, segundo a acusação a Impugnante, em fevereiro de 2010, teria pago parcelas de ICMS incentivadas pelo Programa DESENVOLVE com crédito extemporâneo no valor de R\$ 94.169,03 (noventa e quatro mil, cento e sessenta e nove reais e três centavos). O mesmo teria ocorrido para outra parcela incentivada no mês de outubro de 2010, no importe de R\$417.282,09 (quatrocentos e dezessete mil, duzentos e oitenta e dois reais e nove centavos).

Sublinha que está habilitada para gozar dos benefícios concedidos pelo referido Programa, conforme Resolução nº 03/2002, publicada no Diário Oficial em 06 de junho de 2002 (doc. 7).

Afirma que em fevereiro de 2010 a Impugnante apurou a existência de um débito de ICMS vinculado às operações contempladas pelo Programa DESENVOLVE no valor de R\$94.169,03 (noventa e quatro mil, cento e sessenta e nove reais e três centavos). Aduz que o referido crédito decorre de pagamento de ICMS feito em razão de uma operação de importação de embalagens, produto este vinculado ao projeto incluído no Programa DESENVOLVE. Tal fato (vinculação das embalagens que geraram ao crédito ao citado projeto) não é contestado pela Fiscalização. Pelo contrário, a própria Fiscalização textualmente afirma às fls. 3 do Auto de Infração que tais bens estavam vinculados ao projeto contemplado pelo Programa DESENVOLVE.

Argumenta que, em momento algum o aludido crédito, empregado para o pagamento da parcela incentivada, é questionado pelo Fisco e que em outros termos, a Fiscalização não contesta a sua legitimidade, mas apenas a impossibilidade deste crédito ser utilizado para o pagamento de parcelas incentivadas pelo Programa DESENVOLVE pelo simples fato de ser extemporâneo, o que é absolutamente improcedente, pois a glosa realizada diz respeito ao pagamento, em outubro de 2010, de um débito de ICMS vinculado às operações contempladas pelo Programa DESENVOLVE no valor de R\$417.282,09 (quatrocentos e dezessete mil, duzentos e oitenta e dois reais e nove centavos), débito esse que também foi pago com crédito extemporâneo.

Assegura que o crédito extemporâneo utilizado pela Impugnante e em si considerado não foi objeto de questionamento pela Fiscalização, na medida em que decorrente de pedido de restituição registrado sob nº 18196720098 e deferido, nos termos do Parecer nº 19348/2010 (doc. 8).

Afirma que a Fiscalização baiana reconhece como válido o crédito em comento, mas o afasta para pagamento de parcela do ICMS incentivada pelo Programa DESENVOLVE ao excessivo argumento de que tais créditos não poderiam estar vinculados às operações do projeto aprovado, pelo fato de serem extemporâneos.

Entende que não há, no Decreto nº 8.208/2002, que regulamenta o Programa DESENVOLVE, nenhuma vedação para lançamento de créditos extemporâneos, seja em razão de pedido de restituição, seja por simples equívoco do contribuinte.

Consigna que a única limitação existente é que o crédito empregado seja oriundo de operação vinculada ao projeto beneficiado pelo Programa DESENVOLVE, sendo exatamente este o caso dos autos, aliás – repita-se – como reconhecido pela própria Fiscalização.

Entende que o silêncio da lei na hipótese aqui tratada, quer dizer, no sentido de não vedar a utilização de créditos extemporâneos para o pagamento de parcelas incentivadas do Programa DESENVOLVE, é eloquente.

Considera confiscatória a penalidade para os itens aqui combatidos (infrações 1, 2 e 4 do AUTO DE INFRAÇÃO) fixada no importe correspondente a 60% (sessenta por cento) dos débitos retratados nos itens 1, 2 e 4 do Auto de Infração, nos termos do art. 42, inciso II, alínea f, da Lei nº 7.014/96;

Argui que, com exceção das hipóteses expressamente previstas no inciso XLVI, “b”, do art. 5º e do artigo 243, da Constituição Federal, é vedado o confisco, sob pena de violação ao direito de propriedade. Assim, toda e qualquer violação ao direito de propriedade sem indenização justa e prévia configura confisco. É o que se encontra expressamente consagrado pelo artigo 150, IV da Constituição Federal.

Alinha, para amparar seu entendimento, decisões do STF, (ADI 551, Relator Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 24/10/2002, DJ 14/02/2003 pp-00058) (g.n.); (ADI 1075 MC, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 24/11/2006 pp-00059) (g.n.).

Argui que, na remota hipótese de serem mantidas as acusações fiscais, as supostas infrações cometidas pela Impugnante não se enquadraria na alínea f do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, mas sim na alínea a do inciso I do citado prescritivo legal, abaixo transcrito:

Art. 42 - Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares:

a) quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios;

(...).

Entende que, no presente caso, as operações realizadas pelo contribuinte estavam regularmente escrituradas nos livros fiscais próprios. Aliás, foi exatamente com base em tal escrituração que a Fiscalização lançou os débitos aqui discutidos.

Conclui que, em vista do exposto, pode-se validamente concluir que a presente autuação merece ser integralmente cancelada, pois:

- ✓ *A precariedade do lançamento realizado em relação às infrações 1 e 2 do AUTO DE INFRAÇÃO, já que a Fiscalização trata todas as operações ali indicadas como se referissem a aquisição de bens para uso e consumo da Impugnante, ignorando existir um elevado número de operações que dizem respeito à aquisição de bens para seu ativo fixo;*
- ✓ *Ainda em relação às infrações 1 e 2, a impossibilidade de incidência de diferencial de alíquota de ICMS na hipótese de aquisição de bens adquiridos para seu ativo fixo, bem como no caso de serviço de transporte interestadual desses bens, haja vista o disposto no art. 5º, inciso III, do Decreto baiano nº 6.734, de 09 de setembro de 1997, bem como em razão de nessa hipótese ocorrer simples circulação de bens, mas não de mercadorias, o que impede a exigência do imposto aqui tratado;*
- ✓ *Também em relação as infrações 1 e 2, a impossibilidade de incidência de diferencial de alíquota de ICMS na hipótese da entrada de bens que estão retornando de conserto, bem como no caso de serviço de transporte interestadual desses bens, uma vez que aqui não há circulação jurídica de mercadoria, já que inocorre a transferência de titularidade dos bens em comento, o que também obsta a incidência do ICMS, nos termos do art. 341, inciso I, do RICMS da Bahia;*
- ✓ *No que diz respeito à infração 4, a impossibilidade da Fiscalização criar condições inexistentes em lei para a utilização de créditos extemporâneos de ICMS para pagamento de parcela incentivada do imposto pelo Programa DESENVOLVE, sob pena de ofensa ao Decreto nº 8.208/2002, que institui o aludido Programa;*
- ✓ *Há também verdadeiro excesso na constituição do crédito tributário, porque a multa aplicada apresenta nítido caráter confiscatório; e*
- ✓ *Em que pese o efeito confiscatório da multa, deve ela ser corretamente capitulada para que seja reduzida ao patamar de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da autuação, nos termos do art. 42, inciso I, alínea a, da Lei nº 7.014/96.*

Requer a extinção do crédito tributário retratado nos tópicos 3 e 5 do Auto de Infração, haja vista que seu pagamento (doc. 04), nos termos do art. 156, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Não obstante, no que tange às infrações 1 e 2, a Impugnante pleiteia seja reconhecida a precariedade do lançamento realizado e, conseqüentemente, a sua nulidade. Sucessivamente, que se reconheça a inexigibilidade dos pretensos créditos aqui retratados, seja pela não incidência de ICMS para bens destinados ao ativo fixo da Impugnante, seja pela regra de diferimento estampada no art. 5º, inciso III, do Decreto baiano nº 6.734, de 09 de setembro de 1997.

Em relação à infração 4, requer sejam reconhecidos os pagamentos realizados pela Impugnante em relação às parcelas incentivadas de ICMS, haja vista que o Decreto nº 8.208/2002, que institui o Programa DESENVOLVE, não prevê qualquer vedação quanto à utilização de créditos extemporâneos para esse fim.

Requer, finalmente, a redução das multas aplicadas para patamares razoáveis ou para o percentual de 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 42, inciso I, alínea a, da Lei nº 7.014/96.

O autuante, às fls. 990 a 999 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando que, em relação à infração 01, quanto à arguição de que as aquisições são para o ativo fixo, aduz que a ação fiscal

elencou no Demonstrativo de Débito, fls. 22 a 26 do PAF, apenas materiais de uso e consumo, inclusive os materiais relacionados nos meses de fevereiro, março e julho de 2010, foram classificados pela própria autuada como consumo, porém por erro, não os relacionou nos demonstrativos de apuração da diferença de alíquotas elaborado pela própria autuada, tampouco recolheu o respectivo ICMS.

Aduz que as cópias das notas fiscais, objetos da diferença de alíquotas, de fevereiro a dezembro de 2010, estão anexas às fls. 27 a 62 do PAF e mais especificamente as notas fiscais referentes a fevereiro, março e julho de 2010 estão nas fls. 27 a 34; 35 a 42; e 44 à fl. 59, respectivamente do PAF. Sublinha que nos livros de Registro de Entradas e nos arquivos magnéticos da autuada comprovaram que a mesma as classificou como materiais de uso e consumo, CFOP 2556. Também ao se observar os Demonstrativos de Apuração da Diferença de alíquotas elaborados pela autuada, fevereiro, março e julho de 2010, fls. 65 e 66; 67 e 68; e 74 respectivamente do PAF, constata-se que a apuração encerra-se no dia 25 de fevereiro; 29 de março, e no dia 20 de julho de 2010. Relacionamos as notas fiscais a partir de 21 de julho de 2010, no demonstrativo, em tinta vermelha.

Argumenta que a autuada cita as notas fiscais: 60379, anexa ao doc 5, fls. 892 do PAF, “conjunto de peças de balanças”, vinculado ao CTTC 150.023, fl. 893. A nf. 1285, anexa ao doc 5, fl. 896 do PAF, “junta metálica, retentores e anel oring com diâmetro de 18,72mm, vinculados ao CTTC 152904, fl. 897. E a nf. 1509, anexa ao doc 5, fl. 898 do PAF, “tubo grafite e jogo de juntas Polytube”, vinculados ao CTTC 26450, fl. 899, como exemplos do equívoco da ação fiscal.

Assegura que a autuada comete o maior equívoco ao citar as mercadorias constantes das notas fiscais: 60379, 1285 e 1509, acima relacionadas, como exemplos de bens para o ativo fixo, e que a ação fiscal as teria classificado como matérias de uso e consumo. Como se constata ao analisar o Demonstrativo de Apuração da Diferença de alíquotas elaborado pela autuada, e acostado ao PAF pela ação fiscal, fls. 75 e 76, foi a própria autuada quem classificou o conjunto de peças de balanças (nf 60379); a junta metálica, os retentores e o anel oring com diâmetro de 18,72mm(nf 1285); e o tubo grafite e jogo de juntas Polytube (nf 1509) como materiais de uso e consumo.

Alinha que ao se analisar o Demonstrativo de Débito, fls. 22 a 26, elaborado pela ação fiscal, pode-se constatar 1 - nf 10129 (abril) válvula macho, classificado no arquivo magnético da autuada como, material de uso e consumo, CFOP 2556. 2 – nf 20829 (agosto) kit segurança. 3 – nf 29540 (setembro) cloreto de cobalto, CFOP 2556. 4 – nf 8326 (dezembro) acionador de motor, CFOP 2556. Todos estes materiais foram também classificados pela autuada como materiais destinados ao uso e consumo.

Afirma que, quanto aos demais itens classificados pela autuada como bens para o ativo fixo, constata-se que são na realidade: peças sobressalentes, material de substituição, peças de reposição e material para recuperação. São válvulas, transmissores de pressão, transmissor de fluxo, rotâmetro, purgador, redutor, atuador.

Destaca o que diz o dicionário Aurélio: sobressalente ou sobresselente – Diz-se de peça ou acessório de reserva destinado a substituir o que se gasta ou avaria pelo uso. Peça de Reposição. substituição – Colocação de pessoa ou de coisa no lugar de outra, troca, permutação. recuperação – Reabilitar, recobrar o perdido. REPOSIÇÃO – Ato ou efeito de repor. Restituir ao antigo estado.

Reproduz o PRS (PROCEDIMENTOS E ROTINAS DA SEFAZ) – no roteiro de fiscalização – AUDIF – 204, AUDITORIA DO CRÉDITO FISCAL DO ICMS, documento que anexamos ao PAF em análise, há no item 4.2.1.2. e suas alíneas, a definição clara do que seriam os materiais de uso e consumo: item e) peças e partes de máquinas e equipamentos, utilizadas com fins de reposição; item g) materiais utilizados na atividade de manutenção das máquinas e equipamentos...preservação da máquina/equipamento.

Consigna que na mesma linha de entendimento, consulta formulada à Ditri, a respeito do direito ao crédito na compra de ativo imobilizado, por consequência classificação das mercadorias adquiridas, em bens para ativo imobilizado, ou materiais para uso e consumo, obteve como resposta, transcrevemos: Item 1º - “Quando a empresa adquire peças e equipamentos para manutenção devendo substituir o anterior devido a problemas de corrosão/erosão pelo tempo de uso, entendemos se tratarem de materiais de uso e consumo...” Item 2º - “Na mesma linha de raciocínio anterior, entendemos se tratarem de materiais de uso e consumo...” esta resposta teve como pergunta: “Quando a empresa adquire componentes de estruturas que suportam os equipamentos da área industrial para substituição por corrosão”.

Quanto à quase totalidade das notas fiscais acostadas ao PAF, pela autuada, doc. 05, fls. 856 a 941, juntamente com os respectivos CTRCs, afirma que autuada equivocou-se, pois não são notas fiscais que estejam relacionadas no Demonstrativo de Débito. 22 a 26 do PAF, elaborado pela ação fiscal. conforme segue: nf 1332 – CFOP 2556 de março, fl. 67. nf 55404 – CFOP 2911 não reclamado diferença de alíquotas. nf 55407 – CFOP 2556 de abril, fl. 69. nf 9582 – CFOP 2556 de abril, fl. 69. nf 61469 – CFOP 2556 de junho, fl. 72. nf 56047 - CFOP 2556 de junho, fl. 72. nf 10738 – CFOP 2556 de junho, fl. 73. nf 10783 - CFOP 2556 de julho, fl. 74. nf 19464 – CFOP 2556 de julho, fl. 74. nf 220 – CFOP 2556 de julho, fl. 74. nf 219 – CFOP 2916, não reclamado diferença de alíquotas. nf 1091 – CFOP 2556 de julho, fl. 74. nf 17906 – CFOP 2556 de junho, fl. 73. nf 19919 – CFOP 2556 de julho, fl. 74. nf 13741 – CFOP 2949, não reclamado diferença de alíquotas. nf 21334 – CFOP 2556 de agosto, fl. 76. nf 192 – CFOP 2556 de agosto, fl. 75. nf 15696 – CFOP 2556 de agosto, fl. 76. nf 99 – CFOP 2556 de agosto, fl. 76. nf 77515 – CFOP 2556 de setembro, fl. 77. nf 10.978 – CFOP 2556 de setembro, fl. 77. nf 8674 – CFOP 2556 de setembro, fl. 78. nf 367 – CFOP 2556 de setembro, fl. 77. nf 229 – CFOP 2556 de agosto, fl. 75. nf 5743 – CFOP 2556 de outubro, fl. 79. nf 8743 não reclamado diferença de alíquotas. nf 18188 – CFOP 2556 de setembro, fl. 78. nf 7551 – CFOP 2556 de novembro, fl. 82. nf 20261 – CFOP 2556 de novembro, fl. 82. nf 4755 – CFOP 2556 de outubro, fl. 80. nf 72163 – CFOP 2556 de outubro, fl. 79. nf 7249 de janeiro de 2001, não reclamado diferença de alíquotas. Quanto às notas fiscais restantes: 3575, 12988, 13944, 176, 16120, 8743, 18114, 2950, 980, 10466 onde constam materiais classificados pela autuada como bens para ativo fixo, foram objeto de contestação nesta peça processual.

Assegura que ao se analisar os itens classificados como materiais de uso e consumo, relacionados no demonstrativo de débito, fls. 42 a 54 do PAF, quais sejam, exemplos: Válvulas, Transmissores de Pressão, Transmissor de Fluxo, Rotâmetro, Purgador, Redutor e Atuador conclue-se que são materiais de uso e consumo, enquadrados na definição do parecer da Ditri.

Mantém integralmente o crédito reclamado pela ação fiscal quanto a esta infração, no valor de R\$69.553,84.

Em relação à infração 02, afirma que, como procedeu na infração anterior, a impugnante não se deu ao trabalho, ou não quis analisar o Demonstrativo de Débito, fls. 104 a 111 do PAF, pois se o fizesse, constataria que a quase totalidade das prestações de serviços de transportes acobertaram aquisições interestaduais de materiais de uso e consumo.

Afirma que no Demonstrativo de Débito, fls. 104 a 111 do PAF, há vínculo entre cada CTRC com a respectiva nota fiscal, então, pode-se verificar que a quase totalidade das prestações de serviços de transportes arroladas no Demonstrativo acobertaram operações de aquisições de materiais de uso e consumo, com CFOP 2556. Logo, as prestações de serviços de transportes adquiridas pela autuada, na condição FOB, nas aquisições de materiais de uso e consumo, estavam sujeitas ao recolhimento do ICMS da diferença de alíquota. O que a autuada não efetuou o pagamento do imposto.

Acrescenta que no doc 05, acostado pela autuada, fls. 856 a 941, e doc. 06, fls. 943 a 982 do PAF, encontram-se CTRCs que acobertaram aquisições de materiais de uso e consumo, bens em retorno de conserto. E o testemunho, apresentado pela própria autuada da correção da ação fiscal.



Exemplos: CTCR 763867, vinculado à nf 1332, consumo, CFOP 2556. CTCR 873800, vinculado à nf 55404, amostra grátis, CFOP 2911. CTCR 873799, vinculado à nf 55407, consumo, CFOP 2556. CTCR 818152, vinculado à nf 9582, consumo, CFOP 2556. CTCR 957663, vinculado à nf 3575, consumo, CFOP 2556. CTCR 995635, vinculado à nf 61469, consumo, CFOP 2556. E todos os outros CTCRs acostados no doc. 05, estão vinculados a operações de consumo. Ou seja, as operações seguintes não estão vinculadas a incidência do ICMS.

Aduz ainda que no doc. 06, fls. 943 a 982, os CTCRs arrolados estão vinculados às notas fiscais de operações interestaduais de retorno de máquinas, equipamentos ou bens que foram enviados para conserto. Exemplos; CTCR 76591, vinculado à nf 4296. CTCR 711397, vinculado à nf 2753. CTCR 34557, vinculado à nf 431. E todos os outros CTCRs acostados no doc. 06, estão vinculados às operações de conserto. Ou seja, as operações seguintes não estão vinculadas a incidência do ICMS.

Assinala que todos os CTCRs estão anexos ao PAF, fls. 112 a 432 que atestam a correção da ação fiscal. Vinculando-o a cada nf, para que se possa comprovar que a operação subsequente não estaria vinculada a incidência do ICMS.

Reafirma a ação fiscal, e reclamamos o crédito de R\$17.409,74.

No que diz respeito à infração 04, afirma que a autuada questiona, quanto a esta infração, a legalidade dos lançamentos fiscais dos ICMS extemporâneos, em fevereiro e outubro de 2010. Em fevereiro referiu-se a créditos de ICMS pago quando de importações, totalizando R\$94.169,03. Em outubro referiu-se a crédito de ICMS pago indevidamente em remessas de catalisadores para serem recuperados, em operações interestaduais, com destaque e pagamento do ICMS. E através de processo requereu restituição do ICMS, obtendo parecer favorável.

Afirma que os lançamentos dos ICMS extemporâneos nos livros de Registro de Apuração de ICMS foram procedimentos legais realizados pela autuada e o equívoco encontra-se na apuração dos ICMS normal e dilatado, conforme preceitua o disposto no dec. nº 8.205 de 2002, e na Instrução Normativa nº 27/09.

Aduz que a Instrução Normativa dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo do Desenvolve e, por conseguinte do ICMS normal. A fórmula para o cálculo do Saldo Devedor Passível de Incentivo (SDPI) é igual ao Saldo Devedor Mensal do ICMS a recolher (SDM), subtraindo-se os Débitos fiscais Não Vinculados ao Projeto aprovado (DNVP), adicionando-se os Créditos fiscais não Vinculados ao Projeto aprovado (CNVP). Conclui que assim temos:  $SDPI = SDM - DNVP + CNVP$ .

Esclarece que a infração em baila refere-se a parcelas de créditos de ICMS vinculados ao projeto aprovado pelo Desenvolve. Pois tanto os lançamentos de fevereiro de 2010, importações de embalagens utilizadas nos produtos objetos do projeto aprovado, quanto o lançamento de outubro de 2010, pedido de restituição do ICMS de pagamento indevido das remessas de catalisadores para serem recuperados, tem vínculo com os produtos objetos do projeto aprovado pelo Desenvolve. Complementa que, assim, a autuada ao aplicar a fórmula de cálculo estabelecida pela IN nº 27/09, item 2, no que se refere aos CNVP, item 2.2, não deveria lançar como crédito (CNVP) de ICMS os valores de R\$93.643,90 e R\$418.076,20, respectivamente de fevereiro e outubro, pois os mesmos eram vinculados ao projeto.

Afirma contar do PAF, fls. 438 e 439 o Demonstrativo da Parcela Normal de ICMS Recolhido a Menor, com notas explicativas. Às fls. 440A e 440B o Demonstrativo elaborado pela autuada. Às fls. 440C a 447 cópias do livro RAICMS, meses de fevereiro e outubro. Às fls. 448 a 464 cópias do Dec. nº 8.205/2002. Às fls. 465 a 473 cópias da IN nº 27/09.

Consigna que com a inclusão dos valores nos cálculos pela autuada, aumentando os créditos (CNVP), aumenta-se o saldo devedor passível de incentivo e reduz-se o ICMS normal a ser recolhido, no mês seguinte, apuração normal. Trazendo prejuízo ao erário estadual.

Pelo exposto acima e pelos documentos acostados ao PAF, ratifica a ação fiscal quanto a esta infração, reclamando R\$511.451,12.

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício, ora parcialmente impugnado, alinha 05 infrações, já devidamente relatadas envolvendo o descumprimento de obrigações principais e acessórias.

Cabe constatar o expresse reconhecimento por parte do sujeito passivo da procedência das infrações 3 e 5 do Auto de Infração, afirmando ter recolhido a integralidade dessa parte do crédito tributário, conforme comprovante de pagamento ora anexado (doc. 4). Resta, por conseguinte, uma vez atendido ao devido processo legal, a manutenção das aludidas exigências.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, inclusive com os demonstrativos que indicaram a metodologia utilizada para apuração da base de cálculo, não ocorrendo a imprecisão do lançamento, inclusive quanto aos bens destinados a uso e consumo e serviço de transporte consignados nas infrações 01 e 02, conforme será melhor abordado na análise do mérito, momento em que se verificará a indicação das notas fiscais e CFOPs, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

No que refere a análise da infração 01, cabe consignar que a ação fiscal elencou, às fls. 22 a 26 do PAF, apenas materiais de uso e consumo, inclusive, conforme afirma o autuante, os materiais relacionados nos meses de fevereiro, março e julho de 2010, foram classificados pela própria autuada como consumo, contudo não os relacionou, por engano, nos demonstrativos de apuração do diferencial de alíquotas elaborado pela própria autuada, bem como não recolheu o respectivo ICMS.

Verifico que as cópias das notas fiscais, objetos da diferença de alíquotas, de fevereiro a dezembro de 2010, estão anexas às fls. 27 a 62 do PAF e mais especificamente as notas fiscais referentes a fevereiro, março e julho de 2010 estão nas fls. 27 a 34; 35 a 42; e 44 à fl. 59, respectivamente do PAF. Consulta nos livros de Registro de Entradas e nos arquivos magnéticos da autuada comprovaram que a mesma as classificou como materiais de uso e consumo, CFOP 2556. Também ao se observar os Demonstrativos de Apuração da Diferença de alíquotas elaborados pela autuada, fevereiro, março e julho de 2010, fls. 65 e 66; 67 e 68; e 74 respectivamente do PAF, constata-se que a apuração encerra-se no dia 25 de fevereiro; 29 de março, e no dia 20 de julho de 2010. Relacionou o autuante as notas fiscais a partir de 21 de julho de 2010, no demonstrativo, em tinta vermelha.

As citadas notas fiscais pelo autuado: número 60379, anexa ao doc 5, fls. 892 do PAF, “conjunto de peças de balanças”, vinculado ao CTIRC 150.023, fl. 893, a nf 1285, anexa ao doc 5, fl. 896 do PAF, “junta metálica, retentores e anel oring com diâmetro de 18,72mm, vinculados ao CTIRC 152904, fl. 897. E a nf 1509, anexa ao doc 5, fl. 898 do PAF, “tubo grafite e jogo de juntas Polytube”, vinculados ao CTIRC 26450, fl. 899, na verdade não se constituem em equívoco o autuante, pois ao analisar o Demonstrativo de Apuração da Diferença de alíquotas elaborado pela autuada, e acostado ao PAF pela ação fiscal, fls. 75 e 76, foi a própria autuada quem classificou o conjunto de peças de balanças (nf 60379); a junta metálica, os retentores e o anel oring com diâmetro de 18,72mm (nf 1285); e o tubo grafite e jogo de juntas Polytube (nf 1509) como materiais de uso e consumo.

Ao se analisar o Demonstrativo de Débito, fls. 22 a 26, elaborado pela ação fiscal, pode-se constatar 1 - nf 10129 (abril) válvula macho, classificado no arquivo magnético da autuada como, material de uso e consumo, CFOP 2556. 2 – nf 20829 (agosto) kit segurança. 3 – nf 29540 (setembro)

cloreto de cobalto, CFOP 2556. 4 – nf 8326 (dezembro) acionador de motor, CFOP 2556. Todos estes materiais foram também classificados pela autuada como materiais destinados ao uso e consumo.

Assim, se verifica que além dos aludidos itens serem relacionados pelo autuado como material de uso e consumo, bem como aos demais itens classificados pela autuada como bens para o ativo fixo, constata-se que são na realidade: peças sobressalentes, material de substituição, peças de reposição e material para recuperação, como válvulas, transmissores de pressão, transmissor de fluxo, rotâmetro, purgador, redutor, atuador.

Cabe destacar a orientação levada aos autuantes pela SEFAZ, reproduzida em sua informação fiscal pelo autuante: *“PRS (PROCEDIMENTOS E ROTINAS DA SEFAZ) – no roteiro de fiscalização – AUDIF – 204, AUDITORIA DO CRÉDITO FISCAL DO ICMS, documento que anexamos ao PAF em análise, há no item 4.2.1.2. e suas alíneas, a definição clara do que seriam os materiais de uso e consumo: item e) peças e partes de máquinas e equipamentos, utilizadas com fins de reposição; item g) materiais utilizados na atividade de manutenção das máquinas e equipamentos...preservação da máquina/equipamento”*.

Quanto à quase totalidade das notas fiscais acostadas ao PAF, pela autuada, doc. 05 fls. 856 a 941, juntamente com os respectivos CTRCs, não são notas fiscais que estejam relacionadas no Demonstrativo de Débito, fls. 22 a 26 do PAF, elaborado pela ação fiscal conforme segue: nf 1332 – CFOP 2556 de março, fl. 67. nf 55404 – CFOP 2911 não reclamado diferença de alíquotas. nf 55407 – CFOP 2556 de abril, fl. 69. nf 9582 – CFOP 2556 de abril, fl. 69. nf 61469 – CFOP 2556 de junho, fl. 72. nf 56047 – CFOP 2556 de junho, fl. 72. nf 10738 – CFOP 2556 de junho, fl. 73. nf 10783 – CFOP 2556 de julho, fl. 74. nf 19464 – CFOP 2556 de julho, fl. 74. nf 220 – CFOP 2556 de julho, fl. 74. nf 219 – CFOP 2916, não reclamado diferença de alíquotas. nf 1091 – CFOP 2556 de julho, fl. 74. nf 17906 – CFOP 2556 de junho, fl. 73. nf 19919 – CFOP 2556 de julho, fl. 74. nf 13741 – CFOP 2949, não reclamado diferença de alíquotas. nf 21334 – CFOP 2556 de agosto, fl. 76. nf 192 – CFOP 2556 de agosto, fl. 75. nf 15696 – CFOP 2556 de agosto, fl. 76. nf 99 – CFOP 2556 de agosto, fl. 76. nf 77515 – CFOP 2556 de setembro, fl. 77. nf 10.978 – CFOP 2556 de setembro, fl. 77. nf 8674 – CFOP 2556 de setembro, fl. 78. nf 367 – CFOP 2556 de setembro, fl. 77. nf 229 – CFOP 2556 de agosto, fl. 75. nf 5743 – CFOP 2556 de outubro, fl. 79. nf 8743 não reclamado diferença de alíquotas. nf 18188 – CFOP 2556 de setembro, fl. 78. nf 7551 – CFOP 2556 de novembro, fl. 82. nf 20261 – CFOP 2556 de novembro, fl. 82. nf 4755 – CFOP 2556 de outubro, fl. 80. nf 72163 – CFOP 2556 de outubro, fl. 79. nf 7249 de janeiro de 2001, não reclamado diferença de alíquotas.

Destarte, quanto às notas fiscais restantes: 3575, 12988, 13944, 176, 16120, 8743, 18114, 2950, 980 e 10466 onde constam materiais classificados pela autuada como bens para ativo fixo, conforme já demonstrado são bens destinados para uso e consumo, tendo em vista serem material de substituição, peças de reposição e material para recuperação.

A análise dos itens classificados como materiais de uso e consumo, relacionados no demonstrativo de débito, fls. 22 a 26 do PAF, quais sejam, exemplos: Válvulas, Transmissores de Pressão, Transmissor de Fluxo, Rotâmetro, Purgador, Redutor e Atuador conclue-se que são materiais de uso e consumo.

Quanto à infração 02, verifico que no Demonstrativo de Débito, fls. 104 a 111 do PAF, há vínculo entre cada CTRC com a respectiva nota fiscal, concluído que a maior parte das prestações de serviços de transportes arroladas no demonstrativo acobertaram operações de aquisições de materiais de uso e consumo, com CFOP 2556. Assim, os serviços de transportes adquiridos pela autuada, na condição FOB, nas aquisições de materiais de uso e consumo, conforme afirma o autuante na informação fiscal, estavam sujeitas ao recolhimento do ICMS da diferença de alíquota, não sendo efetuado tal recolhimento pelo sujeito passivo.

Verifico que em relação aos documentos fiscais anexadas pelo impugnante, às fls. 856 a 941, e doc. 06, fls. 943 a 982 do PAF, encontram-se CTRCs que acobertaram aquisições de materiais de uso e consumo, bens em retorno de conserto, a exemplo de: CTRC 763867, vinculado à nf 1332, consumo, CFOP 2556. CTRC 873800, vinculado à nf 55404, amostra grátis, CFOP 2911. CTRC 873799, vinculado à nf 55407, consumo, CFOP 2556. CTRC 818152, vinculado à nf 9582, consumo, CFOP 2556. CTRC 957663, vinculado à nf 3575, consumo, CFOP 2556. CTRC 995635, vinculado à nf 61469, consumo, CFOP 2556. E todos os outros CTRCs acostados no doc. 05, estão vinculados a operações de consumo. Em outro dizer, esses fatos corroboram com a exigência fiscal em questão, pois não estão vinculadas a operações ou prestações posteriores com incidência do ICMS.

Observo, também, que em relação aos documentos arrolados, às fls. 943 a 982, os CTRCs estão vinculados às notas fiscais de operações interestaduais de retorno de máquinas, equipamentos ou bens que foram enviados para conserto, conforme exemplos alinhado pelo autuante: CTRC 76591, vinculado à nf 4296. CTRC 711397, vinculado à nf 2753. CTRC 34557, vinculado à nf 431. E todos os outros CTRCs acostados no doc. 06, estão vinculados às operações de conserto. Ou seja, serviço não vinculado a operação ou prestação subseqüentes, art. 5º, II do RICMS/BA.

O autuante demonstra que *“todos os CTRCs estão anexos ao PAF, fls. 112 a 432 que atestam a correição da ação fiscal. Vinculando-o a cada nf, para que se possa comprovar que a operação subseqüente não estaria vinculada a incidência do ICMS.”*

Quanto à arguição de que não há a possibilidade de incidência de diferencial de alíquota de ICMS na hipótese de aquisição de bens adquiridos para seu ativo fixo, bem como no caso de serviço de transporte interestadual desses bens, além da impossibilidade da incidência da diferença de alíquotas de bens que estão retornando do concerto, cabe observar, além das considerações quanto à operações e prestações subseqüentes não estarem vinculadas a incidência do ICMS, cabe consignar que as decisões do STJ bem como as do STF, que não se originem de ADIM ou através de Recurso extraordinário em que a Bahia seja parte, não vinculam os atos administrativos deste Estado, bem como é importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Diante do exposto, cabe a manutenção das infrações 01 e 02.

No que diz respeito à infração 04, os lançamentos do ICMS extemporâneo nos livros de Registro de Apuração de ICMS foram procedimentos legais realizados pela autuada. Ocorre que o procedimento incorreto do sujeito passivo se deu na apuração dos ICMS normal e dilatado, conforme preceitua o disposto no dec. n° 8.205 de 2002, e na Instrução Normativa n° 27/09.

Acerta o autuante quanto afirma que a aludia Instrução Normativa dispõe que a fórmula para o cálculo do Saldo Devedor Passível de Incentivo (SDPI) é igual ao Saldo Devedor Mensal do ICMS a recolher (SDM), subtraindo-se os Débitos fiscais Não Vinculados ao Projeto aprovado (DNVP), adicionando-se os Créditos fiscais não Vinculados ao Projeto aprovado (CNVP). Conclui que assim temos:  $SDPI = SDM - DNVP + CNVP$ .

A infração, ora imputada ao sujeito passivo, se refere às parcelas de créditos de ICMS vinculados ao projeto aprovado pelo Desenvolve. Pois, conformem alinha o autuante em sua informação fiscal, *“tanto os lançamentos de fevereiro de 2010, importações de embalagens utilizadas nos produtos objetos do projeto aprovado, quanto o lançamento de outubro de 2010, pedido de restituição do ICMS de pagamento indevido das remessas de catalisadores para serem recuperados, tem vínculo com os produtos objetos do projeto aprovado pelo Desenvolve. A autuada ao aplicar a fórmula de cálculo estabelecida pela IN n° 27/09, item 2, no que se refere aos CNVP, item 2.2, não deveria lançar como crédito (CNVP) de ICMS os valores de R\$93.643,90 e R\$418.076,20, respectivamente de fevereiro e outubro, pois os mesmos eram vinculados ao*

*projeto.*” Assim, aumentou os valores albergados pelo benefício e reduziu os devidos sem o amparo da dilação do prazo de pagamento do imposto.

Consta, às fls. 438 e 439 o Demonstrativo da Parcela Normal de ICMS recolhido a menos, com notas explicativas. Às fls. 440A e 440B o Demonstrativo elaborado pela autuada, às fls. 440C a 447 cópias do livro RAICMS, meses de fevereiro e outubro; às fls. 448 a 464 cópias do Dec. nº 8.205/2002; às fls. 465 a 473 cópias da IN nº 27/09.

Não se está aqui, conforme argui a autuada, a se questionar a legitimidade dos créditos extemporâneos e sim de sua utilização incorreta, pois o sujeito passivo inclui valores nos cálculos pela autuada, aumentando os créditos (CNVP), aumenta-se o saldo devedor passível de incentivo e reduziu o ICMS normal a ser recolhido, no mês seguinte, apuração normal, restando em evidente o prejuízo causado ao Estado.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, ex-proprietário do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Em relação ao pedido de redução da multa por descumprimento de obrigação principal, para parâmetros razoáveis, esse órgão fracionário do CONSEF, não tem competência para tanto, conforme alinha o RPAF/BA.

Quanto à arguição de que a infração 04 não se enquadra na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, mas sim na alínea “a” do inciso I do citado prescritivo legal, não contempla razão ao sujeito passivo, pois o dispositivo que o autuado entende dever ser aplicado quando as respectivas operações ou prestações estiverem escrituradas regularmente nos livros fiscais próprios, fato que não se observou, visto que o imposto ora exigido deflue da utilização indevida do crédito fiscal, não havendo tal escrituração regular.

Diante do exposto fica mantida a infração 04, com a respectiva multa.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207103.0002/11-7**, lavrado contra **MONSANTO NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$606.164,67**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, II, “a”, “b”, e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR