

A. I. N ° - 232845.0412/11-3
AUTUADO - MUCAMBO S/A.
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 21/06/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0129-03/12

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o sujeito passivo, na apuração do benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto decorrente de operações próprias, incluiu valores não contemplados no benefício concedido. Infração subsistente. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR DESTACADO A MAIS.** Ajustes realizados pelo autuante na informação fiscal reduzem o valor. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 15/09/2011, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 - recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE nos meses de fevereiro a dezembro de 2010, no valor de R\$138.964,19, acrescido da multa de 60%.

02 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, março, abril, junho, agosto outubro a dezembro de 2010, no valor de 3.868,33 com aplicação da multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que a infração decorreu de divergência na apuração do benefício Desenvolve, conforme determinação da Instrução Normativa nº 27/09, publicada no Diário Oficial do Estado em 03/06/2009, e que os dados foram levantados tomando-se como base os dados contidos no livro de Apuração do ICMS e arquivos magnéticos encaminhados pelo autuado à SEFAZ.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às folhas 130 a 137. Diz que a Fiscalização procedeu ao lançamento de créditos tributários com base no suposto cometimento de 2 (duas) infrações. Afirma, entretanto, que ao lançar a Infração 1 olvidou-se de demonstrar como apurou o valor dos “*outros débitos*” e das *exclusões de créditos e débitos*, explicitados através apenas da indicação dos CFOP’s, que foram abatidos para fins de apuração de eventual saldo de ICMS passível de fruição do benefício do DESENVOLVE eivando de nulidade o lançamento em razão da sua incerteza.

Aduz ainda no tocante à Infração 1, que verifica-se que a Fiscalização certamente por desconhecer o Parecer 1129/2004 excluiu integralmente débitos lançados em determinados CFOP's sem atentar se estas operações decorriam de operações industriais da Impugnante.

Com relação a Infração 2, alega que a infração não pode prosperar na sua integralidade vez que em algumas das operações, os créditos tomados estão em conformidade com a verdade material da operação realizada.

Afirma que, caso não seja declarada a nulidade da Infração 1, observa-se a necessidade de revisão do auto de infração em epígrafe em relação às Infrações 1 e 2, para que se alcance a verdade material, bem como, se consiga a correta aplicação da legislação tributária, uma vez que o lançamento é ato administrativo vinculado.

Diz ser nula a infração 01 devido a indeterminação da forma pela qual a Fiscalização determinou o valor das exclusões de débitos e créditos, para a apuração da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no DESENVOLVE.

Argumenta que se houve “erro na determinação do valor da parcela” incentivada pelo Autuado, deveria ter explicitado quais notas fiscais foram lançadas de forma errada, quais valores foram omitidos no cálculo do saldo devedor do mês, quais valores foram creditados de forma equivocada e não apenas se limitar a apontar a existência de “outros débitos”, sem indicar quais parcelas compõem o total desta rubrica ou como se chegou a esse valor.

Observa que o mesmo se dá com as informações lançadas nos campos CFOP'S, vez que de nada adianta informar os CFOP'S e os valores das exclusões de créditos e débitos, sem indicar as notas fiscais que compõem esse valor.

Sustenta que, ao contrário do que se verifica da infração 2, na qual o valor do crédito tributário exigido foi calculado com base em planilha que indica o número da nota fiscal, o seu valor e o valor do imposto, na infração 1 o ICMS está sendo exigido de forma obscura e incerta, impossibilitando o exercício do direito de defesa pelo autuado.

Cita e transcreve o art. 18 do RPAF/BA que dispõe sobre os atos que fulminam de nulidade o lançamento de ofício. Reproduz acórdão do CONSEF neste sentido.

Sobre o mérito, diz que a Infração 1 não pode prosperar vez que a Impugnante quando da obtenção do benefício fez consulta a DITRI acerca de como proceder na apuração da parcela incentivada. A referida consulta restou respondida através do Parecer nº 1129/2004 de 18/02/2004 (DOC. 4). Afirma que a Impugnante tem o direito de utilizar o diferimento do DESENVOLVE sobre todo o imposto que resultar de operações com os produtos que industrializa.

Requer o deferimento de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito para verificar quais débitos/créditos glosados pela Fiscalização efetivamente não decorrem de produtos industrializados pela Impugnante de forma a restabelecer o quanto exarado no parecer da DITRI.

No tocante à infração 02 afirma que a exigência em questão não poderá subsistir em sua totalidade uma vez que, em diversas operações, inexistiu a utilização indevida imaginada pelo Autuante. Toma como exemplo a nota fiscal nº 3739, da qual exige o recolhimento de R\$ 1.938,80 a título de diferença de ICMS. Diz que a referida nota se refere à devolução da mercadoria remetida pela Impugnante com a NF 2502 relativa a remessa de bonificação para cliente, não contribuinte do ICMS. Aduz que como houve destaque de ICMS à alíquota de 17% no momento da remessa das mercadorias, vez que o destinatário era não contribuinte do imposto, tinha o direito a se creditar do imposto destacado quando do ingresso das mercadorias devolvidas em seu estabelecimento, sendo clara, portanto, a improcedência da infração neste ponto. Cita exemplo da nota fiscal 6048 que diz ser a mesma situação. Afirma que os cálculos precisam ser refeitos.

Reafirma o pedido de deferimento de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito para elaborar novo demonstrativo tomando como base para eventuais exclusões de débitos / créditos as determinações do Parecer DITRI 1129/2004.

Protesta por todos os meios de prova em direito admitidos, indicando, especialmente, a diligência, para certificar a verdade material da correta determinação pela Impugnante do valor do imposto passível de incentivo pelo DESENVOLVE.

O autuante presta informação fiscal às fls. 159 a 162, dizendo que o contribuinte cita o Parecer da DITRI para elaborar sua defesa. Transcreve o exemplo expresso no mencionado Parecer para concluir que o autuado entendeu as disposições ali presentes, no entanto, diz que a DITRI ressalta que apenas o ICMS relativo às operações próprias da empresa beneficiada, poderá ser objeto de incentivo, ou seja, o imposto devido por força de substituição tributária e relativo a operações ou prestações praticadas por outros contribuintes não poderão se alcançados pelo referido benefício.

Sustenta que no Parecer exarado pela DITRI o Contribuinte está enquadrado na Classe II, Tabela I do Regulamento do DESENVOLVE e lhe foi concedido diferimento de 80% sobre o que exceder a sua média que em 2004 foi de R\$103.458,99. Diz que consta ainda do citado Parecer, restrição sobre as operações relativas a outro contribuinte, ou seja, as operações de compra e venda de mercadorias de terceiros, não são contempladas com o benefício DESENVOLVE.

Observa que demonstrou em suas planilhas que o autuado descumpriu as determinações da Instrução Normativa 27/09 que classifica os itens passíveis de utilização para a fruição do benefício do DESENVOLVE e exclui as parcelas referentes a operações com mercadorias adquiridas de terceiros.

Assevera não prosperar a alegação do contribuinte de que o parecer DITRI o autoriza a utilizar os valores referentes a operações com mercadorias adquiridas de terceiros para cálculo da parcela do ICMS a diferir, conforme estabelece o §2º do art. 3º da Lei 7.980/2001.

Quanto à infração 02 declara que procede a alegação do contribuinte sobre utilização de crédito do ICMS nas entradas oriundas de devolução de mercadorias. Informa que os valores cobrados nos meses de outubro e novembro no auto de infração devem ser desconsiderados, refaz planilha, fl.163, ajustando valores.

Finaliza afirmando que as alegações defensivas do contribuinte em relação ao cálculo do benefício do DESENVOLVE não deve prosperar, pois o levantamento integrante do auto de infração está correto e em conformidade com a Lei 7.980/2001 e da Instrução Normativa 27/09, que determinam que as operações do contribuinte com terceiros não são contempladas para fins do cálculo do diferimento do imposto a recolher.

Acrescenta que quanto à infração 02 ajustou a planilha excluindo as notas fiscais de devolução de mercadorias apresentadas pelo autuado e opina pela procedência do auto de infração.

O autuado ao tomar ciência da informação fiscal, volta a manifestar-se, fls. 168/171. Após descrever a motivação do auto de infração descrita pelo autuante afirma que não existe nenhuma indicação da vinculação das exclusões de débitos e créditos às atividades industriais da Autuada. Diz que a Fiscalização limitou-se a excluir os débitos e créditos de determinados CFOP's sem indicar as notas fiscais que deram azo a tal exclusão, impossibilitando a verificação pela Autuada da relação entre as operações e a sua atividade industrial.

Sustenta que a indeterminação da forma pela qual a Fiscalização determinou o valor das exclusões de débitos e créditos para a apuração da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no DESENVOLVE, persistiu mesmo após a apresentação da informação fiscal pelo Autuante. Reafirma o seu pedido de declaração da nulidade da Infração 1, do pedido de deferimento de diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito.

Com relação a Infração 2, a Autuada concorda com os termos dispostos na Informação Fiscal, vez que nesta infração, tendo o valor do crédito tributário exigido sido calculado com base em planilha que indica o número da nota fiscal, o seu valor e o valor do imposto, lhe foi possível o exercício do direito a ampla defesa que resultou na exclusão de valores indevidos da base de cálculo da autuação, ao contrário do que ocorre na infração 1 na qual o ICMS está sendo exigido de forma obscura e incerta, razão pela qual se pugnou pela sua nulidade.

O autuante volta a informar, fls. 174/175, diz confirmar os esclarecimentos prestados na informação fiscal às fls. 159 a 162, uma vez que o contribuinte em relação à infração 01, cálculo da parcela incentivado pelo DESENVOLVE, não estava cumprindo com as determinações da Instrução Normativa 27/09, na determinação do valor do benefício e incluía operações de terceiros, estas não contempladas com a fruição do Desenvolve o que está claro no Parecer da DITRI, fl. 151, ressalta “que apenas o ICMS relativo às operações próprias da empresa beneficiada poderá ser objeto de incentivo, ou seja, o imposto eventualmente devido por força de substituição tributaria e relativo a operações ou prestações praticadas por outros contribuintes também não poderá se alcançado pelo referido benefício”.

Argumenta que conforme demonstrado, as alegações do contribuinte em relação ao cálculo do benefício DESENVOLVE, não prospera, pois nesse auto de infração estão em conformidade com a Lei 7.980/2001 e a Instrução Normativa 27/09 onde as operações com terceiros não são contempladas com o benefício do DESENVOLVE.

Quanto à infração 02, a utilização de crédito do ICMS a mais, após a apresentação das notas fiscais de entradas que comprovaram tratar-se de devolução de mercadorias os respectivos valores foram segregados da planilha, fato que levou o contribuinte ao reconhecimento da infração.

Opina pela procedência do auto de infração.

Em sessão de julgamento, dia 04/06/2012, o advogado da empresa, em sustentação oral, apresentou novas alegações sobre fatos que não constam do processo, requerendo adiamento do julgamento para juntar provas do alegado. Em busca da verdade material o pedido foi deferido pela 3ª JJF, ficando adiado para a próxima sessão, dia 06/06/2012 às 8:30. O advogado não compareceu, entretanto fez juntada de petição e mais uma vez junta cópia do Parecer DITRI nº 24607/2010.

VOTO

No caso em tela, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência de duas infrações: verificação de recolhimento a menos do imposto devido a erro na apuração dos valores a serem beneficiados pelo Programa Desenvolve, infração 1, e por utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, infração 2.

Da análise dos elementos constantes dos autos constato que, em momento algum, o autuado ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário. Vejo que o procedimento fiscal foi realizado atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta.

No que se refere à infração 01, consta que decorreu do uso indevido do benefício fiscal de dilação de prazo para pagamento de 80% do saldo devedor do ICMS sobre todas as operações do estabelecimento, em vez de utilizar o benefício apenas sobre as operações de industrialização próprias incentivadas, conforme termos da Resolução 62/2003 que habilitou o contribuinte, enquadrando-o na classe II (percentual de 80%), Tabela I do regulamento do Desenvolve. Foi refeita a conta corrente fiscal, separando os créditos e os débitos do ICMS das operações

incentivadas decorrentes de operações de industrialização em detrimento das demais operações não incentivadas. Tudo conforme demonstrativos fls.7 a 29 e cópias de livros RAICMS, fls. 44 a 23 juntados ao PAF.

O autuado se insurge contra a autuação dizendo que o preposto do Fisco olvidou-se de demonstrar como apurou o valor dos “*outros débitos*” e das *exclusões de créditos e débitos*, explicitados através apenas da indicação dos CFOP’s, (Códigos Fiscais das Operações) que foram abatidos para fins de apuração de eventual saldo de ICMS passível de fruição do benefício do DESENVOLVE eivando de nulidade o lançamento em razão da sua incerteza. Aduz que a Fiscalização certamente por desconhecer o Parecer 1129/2004 excluiu integralmente débitos lançados em determinados CFOP’s sem atentar se estas operações decorriam de operações industriais da Impugnante.

Tal argumento não pode prosperar visto que, contraria os fatos demonstrados neste processo. Da análise dos elementos que compõe o PAF, vejo que consta no auto de infração, na descrição dos fatos que a autuação decorreu de divergência na apuração do benefício Desenvolve, conforme determinação da Instrução Normativa nº 27/09, e que os valores foram levantados tomando-se como base os dados contidos no livro de Apuração do ICMS e arquivos magnéticos encaminhados pelo autuado à SEFAZ.

Logo, foi o próprio autuado que classificou suas operações de entradas e saídas através de CFOP’s, lançando-as no livro Registro de Apuração de ICMS, o que permitiu à Fiscalização identificar as operações que, conforme regras do Regulamento Desenvolve, não integram o cálculo do benefício.

Verifico que a cada período objeto da autuação, a fiscalização identificou através dos Demonstrativos de Débito do ICMS - Desenvolve, todos os lançamentos efetivados pelo impugnante, indicando-os por meio dos respectivos CFOP’s, tanto em relação aos créditos como aos débitos de ICMS. Dessa forma, os valores correspondentes às operações amparadas pelo benefício, isto é, em relação aos quais cabia o direito ao financiamento estabelecido pelo Programa, estão perfeitamente identificados.

Saliento que as justificativas da defesa não têm sustentação, pois considero que a regulamentação do cálculo do incentivo não deixa margens a dúvidas, pois está evidente que o mesmo apenas alcança as operações relativas a saídas de mercadorias produzidas no estabelecimento beneficiário, estando excluídas, por via de consequência, as operações de transferência e de venda de mercadorias adquiridas de terceiros, restando comprovado que o autuado arrolou tais operações no cômputo das parcelas consideradas como amparadas pelo referido benefício fiscal.

Para usufruir os benefícios fiscais que lhe foram concedidos, o contribuinte foi contemplado com a dilação do prazo do saldo devedor do ICMS relativo às “operações próprias” que subentende tratar-se das operações vinculadas ao exercício de sua atividade industrial.

No caso em exame, observo que o contribuinte incluiu no cálculo do imposto referente ao Programa DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/01, as saídas de produtos não alcançados pelo benefício, o que motivou a autuação.

Cumprе observar que o termo “operações próprias” deve ser entendido como referente àquelas promovidas pelo contribuinte com as mercadorias por ele industrializadas e posteriormente comercializadas, conforme previstas nos ditames da resolução específica, não estando aí incluídos, evidentemente, débitos outros desse imposto, a exemplo daquele concernente à diferença de alíquotas decorrente da aquisição interestadual de bens.

Ressalto que a Instrução Normativa 27/09 editada em 02/06/09, esclarece quanto a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher, passível de incentivo pelo DESENVOLVE.

Caberia ao autuado, por seu turno, caso tivesse incorrido em algum equívoco na sua escrituração fiscal no sentido de ter classificado alguma operação própria como sendo de terceiros, trazer aos autos a necessária prova de seus argumentos, o que não ocorreu.

Restou claro que o contribuinte utilizou indevidamente o benefício, uma vez que, conforme dito acima, as peças anexadas aos autos demonstram de maneira insofismável a prática irregular da inclusão de operações não previstas no multicitado programa como contempladas pelo benefício.

Quanto aos pareceres citados, verifico que está expresso, que para efeito de apuração da parcela do imposto incentivado, só se levará em conta as operações próprias relativas às resultantes do processo industrial do estabelecimento beneficiário do Desenvolve.

Considero correto o procedimento fiscal, devendo ser mantida integralmente este item, cujos argumentos defensivos não elidem a infração.

Não acolho a solicitação de diligência, considerando que o autuado teve oportunidade e já apresentou suas argumentações na impugnação e não trouxe as provas necessárias para elidir a infração, sendo que os elementos presentes nos autos são suficientes ao meu convencimento para decisão da lide.

Quanto à infração 02 trata-se de crédito indevido pela utilização de valor de ICMS destacado a mais no documento fiscal. O autuante concordou com a alegação da defesa e após a apresentação das notas fiscais de entradas que comprovaram tratar-se de devolução de mercadorias. Os respectivos valores foram excluídos da planilha, fato que levou o contribuinte ao reconhecimento da infração. Entendo que a infração é parcialmente subsistente e remanesce no valor de R\$ 1.729,53, conforme demonstrativo fl.163.

Importante registrar que em sessão de julgamento, dia 04/06/2012, o advogado da empresa, em sustentação oral, apresentou novas alegações sobre fatos que não constam do presente processo, requerendo adiamento do julgamento para juntar provas do alegado. Em busca da verdade material o pedido foi deferido pela 3ª JF, ficando adiado para a próxima sessão, dia 06/06/2012 às 8:30. O advogado não compareceu, entretanto fez juntada de petição e mais uma vez junta cópia do Parecer DITRI nº 24607/2010.

Entendo que tais documentos não têm o condão de elidir a irregularidade que lhe foi imputada no auto de infração considerando que o autuado não produz a prova necessária de que houve incorreções no registro de sua escrituração fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **232845.0412/11-3**, lavrado contra **MUCAMBO S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$140.693,72**, acrescido da multa de 60% prevista no inciso II, alínea “f” e inciso VII, alínea “a” do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ BIZERA LIMA IRMÃO - JULGADOR