

A. I. N ° - **281082.0020/11-6**
AUTUADO - **EDN – ESTIRENO DO NORDESTE S/A**
AUTUANTE - **MARCOS ANTÔNIO MOURA CRISÓSTOMO**
ORIGEM - **IFEP INDÚSTRIA**
INTERNET - **03.10.2012**

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0244-04/12

EMENTA: **ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIOR DO IMPOSTO EM DOCUMENTO FISCAL. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Multas de 1% e de 10% do valor comercial das aquisições não escrituradas. Ilícitos tributários expressamente acatados pelo autuado. Infrações 01, 04 e 05 mantidas. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO ESCRITURADOS COMO SE FOSSEM DO ATIVO IMOBILIZADO. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Fatos demonstrados nos autos. Infrações 02 e 03 caracterizadas. 5. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO DE PAGAMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da falta de pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, acarreta a perda do direito ao benefício em relação às parcelas incentivadas pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE). Infração 06 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado no dia 29/09/2011, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico total de R\$ 460.985,96, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 – Utilização indevida de crédito, em razão de destaque a maior do imposto em documento. Consta que o autuado destacou em nota fiscal quantia superior à recolhida em importação de mercadoria (anexo I da peça inicial). Valor de R\$ 377,03 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo imobilizado (anexo II). Imposto de R\$ 37.756,25 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição em outros estados de material destinado ao ativo imobilizado. Está dito que trata-se de itens que não estão vinculados à atividade fabril e outros de uso e consumo, em relação aos quais

se utilizou o crédito como se fossem do ativo fixo (anexo III). Valor de R\$ 84.140,92 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita (anexo IV). Multa de R\$ 2.847,85, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – Entradas tributáveis sem registro na escrita (anexo V). Multa de R\$ 1.842,86, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – Recolhimento a menor, em função de erro na determinação da parcela sujeita à dilação de prazo do Programa DESENVOLVE, decorrente da inclusão na mesma de operações não vinculadas ao projeto (anexo VI). Valor de R\$ 334.021,05 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Através de advogados regularmente constituídos (procuração às fls. 55/56), o contribuinte ingressa com impugnação às fls. 30 a 40.

Inicialmente, reconhece em parte a procedência do lançamento de ofício, relativamente ao total das infrações 01, 04 e 05, assim como à parte das infrações 02 (valores atinentes às notas fiscais 61.515, 144.387, 7.222 e 7.224) e 06 (períodos de apuração de abril, maio e junho de 2009). Informa que procedeu ao pedido de adimplemento da obrigação com certificado de crédito.

Ao refutar as infrações 02 e 03, que acusam utilização indevida de crédito e falta de pagamento da diferença de alíquotas referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo imobilizado, assevera que os valores exigidos dizem respeito a: (I) projeto de reativação, que envolve um escopo de serviços de engenharia, manutenção, aquisição de materiais, insumos equipamentos e infra-estrutura, cujo objetivo é retornar todas as atividades de operação do estabelecimento nas áreas de produção, manutenção, “MSSQ” e administração; (II) projeto para ampliação e modernização da unidade de etilbenzeno que será implantada na fábrica; (III) projeto de “aquisição e transferência da caldeira CBC”, conforme se observa no documento 04 (formulários para autorização de projetos de investimento).

Entende que as notas fiscais anexadas no documento 05, todas devidamente escrituradas e contabilizadas (documento 06), demonstram que se trata de bens do ativo imobilizado utilizados no processo produtivo, de acordo com o conceito do art. 179, IV da Lei das Sociedades Anônimas, de número 6.404/76 (fl. 33).

Referindo-se à terceira infração, com espeque nos dispositivos constitucionais e regulamentares mencionados às fls. 35/36, assevera que a diferença de alíquotas somente incide quando os bens são destinados ao uso e consumo ou imobilizado, mas a exigência recaiu sobre itens do imobilizado destinados à reativação da planta, situação que reclama a aplicação do diferimento previsto no art. 2º, I, “c” do Decreto 8.205/2002, transcrito à fl. 37. Assinala que os benefícios do Programa DESENVOLVE lhe foram outorgados em 07/08/2008, através da Resolução 94/2008 (documento 07).

Com relação à infração 06, pondera que a Instrução Normativa 27/2009 dispõe que, apurado o saldo devedor total, devem ser excluídos do montante os débitos fiscais e incluídos os créditos não vinculados ao projeto aprovado, o que resulta no valor passível de incentivo. A fiscalização teria errado ao desconsiderar operações de débito que integram o cálculo do Programa e ao deixar de estornar créditos não relativos a operações de industrialização amparadas pelo benefício, o que provocou a redução do valor do mesmo.

Assim, o fisco excluiu do cálculo da dilação saídas de amostras (CFOP 5.911), resíduos (CFOP 5.949), devoluções de consumo (CFOP 5.556) e doações (CFOP 5.910), transações listadas no documento 08.

O item 2.1.23 da citada Instrução Normativa estabelece que os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado são os decorrentes de outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços (códigos 5.900 e 6.900, exceto 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911, quando os itens estiverem vinculados aos investimentos aprovados).

O autuante teria excluído do cálculo do incentivo o imposto referente à nota fiscal 2826 (documento 09), que diz respeito à “*remessa para armazenagem (CFOP 6.905) de estireno no Terminal Químico de Aratu S/A Tequimar no Porto de Suape, em Ipojuca-PE, com destaque de ICMS, no valor de R\$ 169.067,52 (...)*”. A mercadoria foi adquirida por meio da nota fiscal 104140 (documento 10). Não se tratando de revenda, o valor do tributo não deveria ter sido retirado da parcela incentivada.

Relativamente aos períodos de apuração de outubro a dezembro de 2009, o fiscal procedeu à dedução de R\$ 273.863,25 (outubro), R\$ 64.528,28 (novembro) e R\$ 28.874,29 (dezembro), aduzindo serem quantias de revenda de matéria-prima, sem especificar as operações correlatas, tampouco a fonte de informações que subsidiou a elaboração do anexo VI do Auto de Infração, o que implica em nulidade por cerceamento de direito de defesa. Requer a especificação das notas fiscais que serviram de base para a auditoria.

Conclui solicitando o provimento da impugnação.

Na informação fiscal, de fls. 240 a 246, o autuante esclarece, no que concerne às infrações 02 e 03, que as aquisições tomadas como fundamento para autuar são relativas a bens do ativo fixo não vinculados à atividade do defendente e de materiais de uso e consumo erroneamente classificados como do imobilizado.

Segundo alega, tal assertiva fica evidente na análise das descrições dos itens (anexos II (materiais de uso e consumo classificados indevidamente) e III (produtos não vinculados ao processo produtivo) da peça inicial), que por sua vez foram retiradas do Livro CIAP. Frisa que o mesmo pode ser observado nas notas apresentadas pela sociedade empresária no documento 05 da impugnação. Cita como exemplo aquelas de números 14.347, 14.640 e 4.738 (fls. 69 a 71), cujas operações são de venda de combustíveis para uso e consumo, as quais foram lançadas pelo contribuinte no CIAP. Menciona o documento fiscal 8.902 (fl. 73) – constante do referido Livro como se fosse atinente a material de telefonia – inserida no anexo III do lançamento de ofício por falta de recolhimento da diferença de alíquotas (bens não vinculados à atividade fabril).

Com respeito à infração 06, não acata as razões defensivas por entender que o impugnante incluiu na parcela sujeita à dilação operações não relacionadas com os projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve, em desobediência ao art. 3º do Decreto 8.205/2002, transcrito à fl. 244.

Quanto às notas supostamente excluídas do cálculo do incentivo, assevera que a alegação é destituída de qualquer veracidade, uma vez que as mesmas não constam do levantamento fiscal. Salienta que no seu demonstrativo não existem operações com CFOP 5.910, 5.911, 6.910 ou 6.911.

Na sua concepção, também não merecem acolhimento as alegações referentes às notas 2826 e 104140, haja vista que o estabelecimento adquiriu produto acabado para revenda através desta última (104140), com o CFOP 6.102, e os remeteu através daquela (2826), ambas as operações em setembro de 2009.

Encerra mantendo o lançamento na íntegra.

Às fls. 254 a 257 foram juntados comprovantes de pagamento parcial.

Na pauta de 20 de março de 2012, conforme documento de fl. 259, esta Junta de Julgamento determinou que o impugnante fosse cientificado do teor da informação do auditor e dos seus documentos, com reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Devidamente intimado (fls. 261/262), o sujeito passivo se manifesta às fls. 264 a 267, onde sustenta, com referência às infrações 02 e 03, que as notas 14.347, 14.640 e 4.738 não são de combustíveis para uso e consumo, mas de pequenas quantidades de óleo (6, 10 e 5 litros) utilizados como lubrificantes na instalação de máquinas integrantes do projeto de reativação.

Reitera o pedido de nulidade, pois apenas na informação a autoridade estatal trouxe demonstrativo das operações que serviram de base para a sexta infração, tendo mencionado tão somente aquelas relativas às notas 2826 e 104140. Discorda das alusões do auditor atinentes a tais

documentos, posto que as aquisições ocorreram com preço abaixo do mercado e os produtos foram submetidos a processo industrial de reprocessamento, conforme Livro de Controle de Produção e Estoque (documento 01 da manifestação).

Por fim, repete os pedidos da peça de defesa.

VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento administrativo foram devidamente observados, uma vez que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Portanto, nada existe que possa macular o lançamento de ofício de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, na manifestação e na anterior conversão do feito em diligência para que o contribuinte tomasse conhecimento da informação fiscal e de seus documentos anexos, com reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), reputo suficientes para a formação da convicção dos julgadores os elementos já contidos nos autos.

As infrações 01, 04 e 05 foram expressamente acatadas pelo autuado. Desse modo, de acordo com o art. 140, RPAF/1999, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações mantidas.

No mérito, a segunda infração acusa utilização indevida de crédito, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo imobilizado (anexo II; materiais de uso e consumo classificados indevidamente no ativo permanente).

A terceira versa sobre falta de recolhimento da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição em outros estados de material destinado ao ativo imobilizado. Trata-se de itens que não estão vinculados à atividade fabril, em relação aos quais foi utilizado o crédito como se fossem do ativo fixo (anexo III).

Ao compulsar os autos, em especial as planilhas de fls. 14 a 16 com os seus respectivos documentos fiscais, observo, quanto à infração 02, que as compras auditadas – como disse o autuante - foram de materiais de uso e consumo erroneamente classificados como do imobilizado. De fato, isso resta evidenciado na coluna “*DESCRIÇÃO*” de fls. 14/15.

Idêntica é a situação verificada no anexo III do Auto de Infração (infração 03), de fl. 16, onde constato que foram consignados produtos não vinculados ao processo produtivo. O mesmo pode ser observado nas notas apresentadas pelo sujeito passivo no documento 05 da impugnação. Por exemplo, aquelas de números 14.347, 14.640 e 4.738 (fls. 69 a 71), cujas operações são de venda de combustíveis para uso e consumo, as quais foram lançadas pelo contribuinte no CIAP. De igual forma, o documento fiscal 8.902 (fl. 73) – constante do referido Livro como se fosse relativo a material de telefonia – inserido no anexo III do lançamento de ofício por falta de recolhimento da diferença de alíquotas (bens não vinculados à atividade fabril).

Ao contrário do que alegou o defendente, os documentos 14.347, 14.640 e 4.738 (fls. 69 a 71) não demonstram a aquisição de poucos litros de óleo para lubrificação na instalação de máquinas integrantes do projeto de reativação. As colunas “*UNID*” trazem os códigos TBB, BL2, B20 e ST, e não algo que se pareça com litros. O próprio peso líquido registrado na nota 4.738 (fl. 71), de 872 kg, evidencia, por razões óbvias, que não estamos a tratar de meros 5 (cinco) litros de óleo.

Infrações 02 e 03 caracterizadas.

No que tange à sexta infração (recolhimento a menor, em função de erro na determinação da parcela sujeita à dilação de prazo do Programa DESENVOLVE, decorrente da inclusão na mesma de operações não vinculadas ao projeto (anexo VI)), cabe assinalar que o art. 3º do Decreto 8.205/2002, transcrito à fl. 244, estatui que o benefício da postergação da data de pagamento do tributo se aplica apenas às operações próprias, relacionadas aos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

O auditor apresentou os demonstrativos pertinentes (sintético e analítico) às fls. 22 e 23 e 247 a 250. Às fls. 247 a 250 estão especificadas as operações que ensejaram os valores da coluna “DÉBITOS REVENDA” de fls. 22 e 23. Portanto, não corresponde à realidade a argumentação de que o autuante somente tratou das notas 2826 e 104140 na sua informação.

Considero pertinentes as alusões relativas às precitadas notas da autoridade fiscal (fls. 242 a 246), segundo as quais o estabelecimento adquiriu produto acabado para revenda e efetivou a saída correspondente em setembro de 2009.

“Posteriormente, nos meses 10, 11 e 12 de 2009 a impugnante retirou as mercadorias (estireno) do armazém de forma fracionada e revendeu-as no mercado nacional.

Isto posto, no mês 09/2009 o valor do ICMS das notas fiscais 104140 e 2826 foram lançadas a débito e a crédito respectivamente no anexo VI, colunas “C” e “E”, não refletindo em diferença de imposto a pagar.

Já nos meses de 10, 11 e 12 de 2009, a medida que o estireno armazenado foi sendo reenviado ao autuado e revendido, foi-se apurando os valores de ICMS a serem excluídos do DESENVOLVE conforme colunas “C” e “E” do anexo VI, pelo motivo de revenda de mercadorias (estireno) adquiridas de terceiros, tomando-se por base as quantidades retornadas, o preço médio das saídas do período e a alíquota média também do respectivo período, em conformidade com a IN 27/2009”.

Quanto às demais alegações, vejo que nas sobreditas planilhas (fls. 22 e 23 e 247 a 250) não há operações com CFOP 5.910, 5.911, 6.910 ou 6.911. O contribuinte afirmou que o fisco excluiu do cálculo da dilação saídas de amostras (CFOP 5.911), resíduos (CFOP 5.949), devoluções de consumo (CFOP 5.556) e doações (CFOP 5.910), transações listadas no documento 08. Entretanto, nenhuma das notas especificadas no referido documento, de fls. 223 a 226, foi tomada no demonstrativo de fls. 247 a 250, com exceção daquelas de números 4.073 e 4.110 (devoluções de consumo), que não preenchem os requisitos do art. 3º do Decreto 8.205/2002.

Infração 06 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281082.0020/11-6**, lavrado contra **EDN – ESTIRENO DO NORDESTE S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 456.295,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$ 4.690,71**, previstas no art. 42, IX e XI da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA