

PROCESSO - A. I. Nº 279464.0002/13-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - OXITENO NORDESTE S/A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF Nº 0065-05/14
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 18/08/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0214-11/14

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. COEFICIENTE DE CREDITAMENTO NO CIAP (LIVRO DE CONTROLE DE CRÉDITO DE ICMS DO ATIVO PERMANENTE); SAÍDAS DE BENS E MERCADORIAS QUE NÃO ENSEJAM A REDUÇÃO DO CRÉDITO FISCAL A SER APROPRIADO MENSALMENTE PELAS ENTRADAS DE BENS NO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. Item insubsistente. Operações com CFOP 5.949, 6.101 e 6.949. Aplicação da Instrução Normativa nº 53/2013. Exclusões operadas por ocasião da informação fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida pela 5ª JJF, constante no Acórdão nº 0065-05/14, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/2013, refere-se ao cometimento de três irregularidades, todavia o Recurso de Ofício cinge-se apenas à infração 02:

INFRAÇÃO 2 - Utilizou crédito fiscal relativo a bem ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Conforme demonstrado nas planilhas dos Anexos D, D', D1 e D2, fica demonstrado que o contribuinte utilizou-se de coeficiente de creditamento em desacordo com o estabelecido no RICMS-BA. Valor: R\$ 156.955,92. Multa: 60%.

Na defesa, fls. 174/178, o Autuado destaca que as operações glosadas pelo r. fiscal foram registradas com os CFOPs 5949/6949: Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado e 6101: Venda de produção do estabelecimento.

Para as operações de CFOPs 5949 e 6949 observa que o autuante computou os valores referentes as tais operações no “Total de Saídas”, ou seja, no denominador da fórmula de creditamento do CIAP.

Diz tratar-se de operações de “Retorno de Locação” ou de “Retorno de Empréstimo de Materiais”, na qual a operação caracteriza-se por não ter caráter definitivo e nem transferir a titularidade da mercadoria.

Apresenta planilha contendo relação das notas fiscais glosadas pelo r. fiscal, bem como cópias das notas fiscais de remessa e de retorno dessas mercadorias, de modo a comprovar a natureza das operações realizadas.

Ressalta a Instrução Normativa 53/2013, que definiu a seguinte exceção:

“4. Não devem ser computados no valor total das operações de saídas ou prestações do período nem no valor das operações de saídas e prestações tributadas:

4.4. outras saídas que não tenham caráter definitivo, quando não há transferência de titularidade, exceto transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa;”

Para as operações registradas com CFOP 6101 informa tratar-se, na totalidade, de operações de venda do produto MONOETILENOGLICOL GF, classificado na NCM2905.31.00, para os estabelecimentos da empresa M&G Fibras Brasil S.A. situados em Pernambuco e Minas Gerais, vendas realizadas com redução de base de cálculo, conforme Decreto nº 11.425/2009 e Termo de Acordo com o Estado da Bahia, através do qual a SEFAZ a autorizou a conceder redução de base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de saídas interestaduais de Etilenoglicol (MEG), classificado no código 2905.31.00 da NCM.

Com relação ao cálculo do coeficiente de creditamento do CIAP referente as operações beneficiadas com redução da base de cálculo, a Instrução Normativa nº 53/2013, da Superintendência da Administração Tributária da SEFAZ/BA, estabeleceu, nos itens 2 e 2.2, o seguinte:

“2. Na apuração dos valores referentes às operações de saídas e prestações tributadas, ressalvadas as hipóteses referidas no item 4, devem ser computados os valores:

2.2. das operações e prestações beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo com previsão expressa de manutenção de crédito;

Assim, considerando que as operações com base de cálculo reduzida têm previsão expressa de manutenção do crédito de ICMS, devem os valores correspondentes ser computados no “total de saídas tributadas”, ou seja, no numerador da fórmula de creditamento do CIAP. Por essa razão, entende que a autuação das operações registradas com CFOP 6101 deve ser julgada improcedente.

Em informação fiscal, às fls. 358/364, o autuante reconhece as argumentações do contribuinte com relação a interpretação da Instrução Normativa IN SAT - BA 53/13 nos itens 4 e 4.4, bem como nos itens 2 e 2.2 e o seu impacto na apuração da infração 02 conforme planilha a fl. 344.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 5ª Jf proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 371/376):

As infrações 1 e 3 foram reconhecidas e pagas pelo contribuinte conforme atesta o relatório extraído do SIGAT (Sistema Integrado de Administração Tributária), apensado às fls.367/369 do presente PAF. Os itens em questão são, no mérito, procedentes, devendo os valores recolhidos pelo sujeito passivo serem homologados pela autoridade fiscal competente.

Resta em lide tão somente a infração 2, com a imputação de utilização de crédito fiscal relativo a bem ativo imobilizado, apropriando-se o contribuinte de valor superior ao permitido pela legislação, tudo conforme apresentado nas planilhas dos Anexos D, D', D1 e D2 e disponibilizados em meio magnético ao contribuinte e no PAF, com onde foi demonstrado que o contribuinte utilizou-se de coeficiente de creditamento em desacordo com o estabelecido no RICMS-Ba. Valor exigido de R\$ 156.955,92, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "f", da Lei nº 7.014/96.

Na fase de defesa o contribuinte afirmou que as operações cujos créditos fiscais foram glosados foram aquelas registradas com os seguintes CFOP's:

5.949/6.949: Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado;

6.101: Venda de produção do estabelecimento.

Em relação às operações de CFOP 5.949 e 6.949 foram computados indevidamente, no cálculo da fórmula de creditamento do CIAP (ativo imobilizado) valores referentes a “Retorno de Locação” ou de “Retorno de Empréstimo de Materiais”, ou seja, operações caracterizadas por não ter caráter definitivo e nem transferir a titularidade da mercadoria. Apresentada na peça defensiva, planilha contendo relação das Notas Fiscais glosadas pelo auditor fiscal (doc. 04, da defesa), bem como cópias das Notas Fiscais de remessa e de retorno dessas mercadorias (docs. 05 a 25, da defesa), de modo a comprovar a natureza das operações realizadas.

Observe que a Superintendência da Administração Tributária da SEFAZ/BA editou a Instrução Normativa 53/2013, que definiu os CFOP's que não devem ser computados na apuração dos valores referentes às operações de saídas e prestações tributadas, bem como na apuração do valor total das saídas do período, para fins de cálculo do coeficiente de creditamento do CIAP. Entre os CFOPs relacionados, estão os glosados pelo auditor fiscal: CFOPs 5.949 e 6.949, correspondentes à “outra saída de mercadorias ou prestação de serviço não especificado”. Na citada Instrução Normativa foram estabelecidas as seguintes regras interpretativas, nos itens 4 e 4.4, abaixo transcritos:

“4. Não devem ser computados no valor total das operações de saídas ou prestações do período nem no valor

das operações de saídas e prestações tributadas:

(...)

4.4. outras saídas que não tenham caráter definitivo, quando não há transferência de titularidade, exceto transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa;”

Frente ao acima exposto entendo as operações com CFOP 5.949 e CFOP 6.949 devem excluídas da autuação. Este fato, inclusive foi reconhecido pelo próprio autuante, quando prestou a informação fiscal.

No tocante às operações registradas com CFOP 6.101, trata-se, conforme demonstrado nos autos, em sua totalidade, de operações de venda do produto MONOETILENOGLICOL GF, classificado na NCM 2905.31.00, para os estabelecimentos da empresa M&G Fibras Brasil S.A. situados em Pernambuco e Minas Gerais. Essas vendas foram realizadas com redução de base de cálculo, conforme Decreto nº 11.425, de 30/01/2009.

O autuado apresentou planilha contendo a relação das Notas Fiscais glosadas pelo auditor fiscal (doc. 26), bem como as Notas Fiscais referentes a essas operações (docs. 27 a 136), por amostragem (10 por mês), tendo em vista o volume excessivo de documentos (mais de 1.000 notas).

Acrescentou ainda, nas razões defensivas, que o Convênio ICMS 159/2008 autorizou os Estados da Bahia, Mato Grosso, Pernambuco, Rio Grande do Sul e São Paulo a conceder redução de base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de saídas interestaduais de Etilenoglicol (MEG), classificado no código 2905.31.00 da NCM, conforme transcrição abaixo:

“Cláusula primeira. Ficam os Estados da Bahia, Mato Grosso, Pernambuco, Rio Grande do Sul e São Paulo autorizados a reduzir a base de cálculo do ICMS no percentual de até 100% (cem por cento), nas saídas interestaduais do produto Etilenoglicol (MEG), classificado no código 2905.31.00 da Nomenclatura Comum do Mercosul - NCM. (Redação original, efeitos até 07.01.13)”

“Cláusula segunda. A fruição do benefício de que trata este convênio fica condicionada a que o produto se destine exclusivamente à fabricação de resinas poliéster a serem utilizadas na produção de recipientes PET (polietileno tereftalato), filmes, fibras e filamentos, e ao adimplemento de outras condições ou controles previstos na legislação estadual. (Redação anterior dada à cláusula segunda pelo Conv. ICMS 16/09, efeitos de 01.05.09 a 07.01.13)”

Por sua vez, em 27/02/2009, a empresa autuada firmou “Termo de Acordo” com o Estado da Bahia (doc. fl. 139), através do qual a SEFAZ/BA a autorizou a conceder redução de base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de saídas interestaduais de Etilenoglicol (MEG), classificado no código 2905.31.00 da NCM.

No que se refere ao mérito desta parte da exigência fiscal, relacionado ao cálculo do coeficiente de creditamento do CIAP, verifico que as operações beneficiadas com redução da base de cálculo, são também tratadas na Instrução Normativa nº 53/2013, da Superintendência da Administração Tributária da SEFAZ/BA, com regramento interpretativo contido nos itens 2 e 2.2, com a seguinte redação:

“2. Na apuração dos valores referentes às operações de saídas e prestações tributadas, ressalvadas as hipóteses referidas no item 4, devem ser computados os valores:

2.2. das operações e prestações beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo com previsão expressa de manutenção de crédito;

No caso concreto, trata-se de operação beneficiada com redução da base de cálculo, com previsão de manutenção de crédito fiscal, nos termos do art. 105, inc. XXIX, do RICMS/97, vigente à época dos fatos geradores, com a seguinte redação:

“Art. 105. Não se exige o estorno ou anulação do crédito fiscal relativo:

XXIX - às entradas de mercadorias e insumos, bem como aos serviços tomados, vinculados à redução de base de cálculo prevista no inciso XLIII do caput do art. 87 (Conv. ICMS 159/08);”

Considero também, em conformidade com a tese defensiva, que as operações com base de cálculo reduzida, realizadas pelo autuado, têm previsão expressa de manutenção do crédito de ICMS, devendo os valores correspondentes serem computados no total de saídas tributadas, ou seja, no numerador da fórmula de creditamento do CIAP. Por essa razão, a autuação das operações registradas com CFOP 6.101 devem também ser excluídas da autuação. Neste ponto, o autuante, na fase informação fiscal, também reconheceu a pertinência dos argumentos defensivos.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser excluída da autuação a infração nº 2. Mantidas, portanto, as infrações 1 e 3, com a homologação dos valores já recolhidos pelo sujeito passivo.

De ofício, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu da Decisão prolatada para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99,

aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão da Decisão de primeira instância, ter desonerado parte do débito originalmente cobrado, consoante disposto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

Na análise do quanto trazido aos autos, entendo não merecer qualquer reforma o Julgado de piso.

Verifico que o Recurso de Ofício cinge-se à infração 2, tendo em vista que as infrações 1 e 3 foram reconhecidas pelo Sujeito Passivo e devidamente recolhida, consoante extrato do SIGAT de fls. 367/369.

A infração 2 versa sobre a utilização indevida de crédito fiscal relativo a bem ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, sob a alegação que de o contribuinte utilizou-se de coeficiente de creditamento em desacordo com o estabelecido no RICMS-BA.

Em sua impugnação o Autuado destaca que as operações glosadas pelo r. fiscal foram registradas com os CFOPs 5949/6949: Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado e 6101: Venda de produção do estabelecimento.

No que tange aos CFOPs 5949 e 6949 informa serem “Retorno de Locação” ou de “Retorno de Empréstimo de Materiais”, na qual a operação caracteriza-se por não ter caráter definitivo e nem transferir a titularidade da mercadoria.

Neste contexto, a Instrução Normativa nº 53/2013, que dispõe sobre o crédito relativo às entradas de bens destinados ao ativo imobilizado e respectivo serviço de transporte, determina no item 4.4, que não devem ser computados no valor total das operações de saídas ou prestações do período nem no valor das operações de saídas e prestações tributadas *“outras saídas que não tenham caráter definitivo, quando não há transferência de titularidade, exceto transferência de mercadorias entre estabelecimentos da mesma empresa”*.

Já as operações registradas com CFOP 6101 possuem redução de base de cálculo, conforme Decreto nº 11.425/2009 e Termo de Acordo com o Estado da Bahia, através do qual a SEFAZ a autorizou a conceder redução de base de cálculo do ICMS incidente sobre as operações de saídas interestaduais de Etilenoglicol (MEG), classificado no código 2905.31.00 da NCM.

No que tange ao cálculo do coeficiente de creditamento do CIAP referente as operações beneficiadas com redução da base de cálculo, a referida Instrução Normativa previu nos itens 2 e 2.2, o seguinte:

“2. Na apuração dos valores referentes às operações de saídas e prestações tributadas, ressalvadas as hipóteses referidas no item 4, devem ser computados os valores:

2.2. das operações e prestações beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo com previsão expressa de manutenção de crédito;

Desta forma, as operações com base de cálculo reduzida com previsão expressa de manutenção do crédito de ICMS, devem compor o “total de saídas tributadas”, ou seja, no numerador da fórmula de creditamento do CIAP.

Ante ao exposto, a desoneração ocorrida em Primeira Instância, se deu em decorrência da verificação que os CFOPs 5949/6949 não devem compor o “Total de Saídas”, ou seja, o denominador da fórmula de creditamento do CIAP, bem como que o CFOP 6101 deve ser computado no “total de saídas tributadas”, ou seja, no numerador da fórmula de creditamento do CIAP.

Em razão das constatações de equívocos no levantamento fiscal originário, devidamente retificado pelo preposto fiscal, o que foi acertadamente acatado na Decisão *a quo*, voto pelo NÃO

PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279464.0002/13-0**, lavrado contra **OXITENO NORDESTE S/A. - INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$162.127,79**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, "a" e VII, "a", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS