

A. I. Nº - 333006.0003/13-5
AUTUADO - ENERGÉTICA CAMAÇARI MURICY I S.A.
AUTUANTE - ROSALVO RAMOS VIEIRA FILHO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 26/02/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-03/14

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Item reconhecido 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. O Programa DESENVOLVE autoriza o diferimento do lançamento e do pagamento do imposto, porém não isenta das obrigações acessórias de escriturar os livros fiscais pertinentes à movimentação. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Razão de defesa elide parcialmente a acusação fiscal. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2012, constitui crédito tributário no valor de R\$ 183.638,87, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento nos meses de maio, junho, julho, outubro e novembro de 2009 e março, abril, junho, agosto e outubro de 2010, conforme ANEXOS 01 e 02. Lançado ICMS no valor de R\$24.882,47, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, relativo aos exercícios de 2008, 2009 e 2010, conforme ANEXOS 03, 04 e 05. Multa lançada de R\$158.756,40.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 34 a 52, com documentações anexas, alegando apresentar impugnação do Auto de Infração em epígrafe, do qual foi intimado pessoalmente, consubstanciado nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

A Impugnante diz que, após passar por longo processo fiscalizatório, acabou por ser intimada da lavratura do presente Auto de Infração (doc. n. 02), por suposta existência de falta de recolhimento do ICMS e ausência de registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010.

Observa que todas as notas fiscais que deram origem a presente autuação foram emitidas no período de construção da Usina Termoelétrica de propriedade da Impugnante, realizada na modalidade empreitada global pela empresa EFACEC DO BRASIL LTDA. (EFACEC).

Na prática, diz que contratou os serviços da EFACEC, para construção da Usina Termoelétrica na modalidade empreitada global, conforme se pode verificar mediante o competente Instrumento

Particular de Contrato de Prestação de Serviços n. 004/2008 (doc. n. 04), em especial a cláusula 2.1, do citado contrato, que o destaca.

Por sua vez, durante o período de construção da Usina Termoeletrica, a EFACEC adquiriu mercadorias perante terceiros (preponderantemente bens do ativo e materiais de construção), sendo que por sua deliberação as faturas foram emitidas em se nome.

Contudo diz que, em nenhum momento a EFACEC - empresa contrata na modalidade de empreitada global - disponibilizou e/ou a informou da existência de tais operações, fato que acarretou a existência de inconsistência na sua escrita fiscal e, conseqüentemente, nos lançamentos efetuados através da lavratura do presente Auto de Infração.

Ademais, é importante ressaltar, que a é optante do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, (doc. n. 05) instituído pela Lei n. 7.980/02, o qual lhe assegura “diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação”.

Em decorrência de ser optante do Programa DESENVOLVE, as operações de aquisição de bens destinados ao ativo fixo, contrário do que afirmou a Autoridade Administrativa quando da lavratura do presente Auto de Infração, não podem ser classificadas como “sujeitas a tributação”, uma vez que somente na hipótese de desincorporação de determinado bem integrante do ativo, é que a operação poderia ser classificada como “sujeita a tributação”, o que não ocorreu no caso em tela.

Assim, a aplicação de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da operação em virtude de ausência de registro na escrita fiscal não pode prosperar, uma vez que nas situações onde de fato deixou de proceder à regular escrituração, primeiramente, deve-se verificar se trata-se de bem destinado ao ativo fixo, tendo em vista que nesta hipótese, a penalidade por descumprimento da obrigação acessória é multa no valor equivalente a 1% (hum por cento) da operação.

Diz também que, como se não bastasse o equívoco cometido pela Autoridade Administrativa em relação ao percentual da multa aplicada em relação aos bens destinados para o ativo, grande parte das notas fiscais que amparam as operações tidas como “não registradas”, estão regularmente escrituradas na sua escrita fiscal, conforme se pode verificar mediante a competente planilha discriminativa (doc. n. 06), onde inclusive consta a página do Livro (doc. n. 07), na qual consta o registro.

Além das notas que se encontram regularmente registradas, existem operações realizadas nos exercícios de 2009 e 2010, que não foram escrituradas no livro, mas se encontram registradas na contabilidade da Impugnante no livro razão (doc. n. 08), sendo que nesta situação, quando tratar-se de bens destinados ao ativo, por conta da opção ao DESENVOLVE, a multa por descumprimento da obrigação acessória deve ser o correspondente a 1% (hum por cento) da operação.

Do direito propriamente dito, em relação à infração 01, diz que, após detida análise dos lançamentos efetuados através do presente Auto de Infração, considerando a possibilidade de reduzir o lançamento em montante equivalente a 70% da multa moratória (Art. 45, I da Lei 7.014/96), procedeu à quitação integral dos valores oriundos da Infração 01, conforme se pode verificar mediante a competente guia de recolhimento (doc. n. 09).

Assim, alega que os valores lançados devem ser integralmente cancelados por força do disposto no inciso I, do artigo 156, do Código Tributário Nacional, que o cita. Logo, os valores oriundos do lançamento relativo à Infração 01, devem ser extintos, tendo em vista que foram integralmente quitados, dentro do prazo para apresentação da presente Impugnação.

Quanto a Infração 02, frisa que, por meio da Resolução n. 174/2006, resta regularmente habilitado no Programa DESENVOLVE, conforme os seguintes termos:

"Art. 1º Considerar habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o projeto de implantação da CAMACARI MURYCI I LTDA., a se instalar neste Estado, para produzir energia elétrica, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios:

I - diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação;"

Da análise do dispositivo acima, observa que as operações de aquisição de mercadorias destinada ao seu ativo fixo, possuíam diferimento do ICMS para o momento da desincorporação, fato que torna tais operações não tributadas para efeito de aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória.

Contudo, de forma contrária a realidade dos fatos, diz que a Autoridade Administrativa procedeu ao lançamento de multa por falta de registro na escrita fiscal no percentual de 10% (dez por cento), por considerar todas as operações, inclusive de aquisição de ativo enquadrada no DESENVOLVE, como se fossem sujeitas a tributação, com base no inciso IX, do artigo 42, da Lei n. 7.014/96, que transcreve.

Nesse ponto, diz que se equivoca a Autoridade Administrativa em considerar as operações enquadradas no Programa DESENVOLVE como se fossem sujeitas a tributação, pelo simples fato de inexistir incidência do ICMS no momento do ingresso do bem no seu estabelecimento. Isto porque a própria legislação do Programa DESENVOLVE estabeleceu o diferimento do recolhimento do ICMS para o momento em que ocorrer a desincorporação do bem integrante do ativo fixo, sendo somente nesta hipótese que haveria a exigência do imposto.

Diante de tais fatos, em relação às operações não registradas na escrita fiscal, envolvendo aquisição de bens para o seu ativo, na forma estabelecida pelo Programa DESENVOLVE, considerando que a partir do momento em que os bens foram incorporados ao ativo encerrou-se a fase de tributação, existindo apenas a possibilidade de nova incidência condicionada a existência de fato futuro e incerto. Desta forma, diz que a penalidade a ser aplicada por descumprimento da obrigação acessória é a prevista no inciso XI, do artigo 42, da Lei n. 7.014/96, que o cita.

Portanto, para que tenha plena validade o lançamento materializado através do presente Auto de Infração (infração 02), será necessário identificar todas as operações que foram beneficiadas pelo DESENVOLVE, uma vez que em tais operações, por existir imposto diferido, a multa por ausência de registro de nota fiscal deve corresponder ao equivalente a 1% (hum por cento) do valor da operação e não 10% (dez por cento) como lançada pela Autoridade Administrativa.

Logo, para que não seja penalizada em decorrência da existência de meras presunções, suposições e ficções, em prestígio ao princípio da verdade material dos fatos, destaca que será indispensável à realização de diligências, como também da produção de prova pericial, na forma que será a seguir exibida, pois do contrário também estar-se-ia violando os princípios constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal.

Para embasar seu pedido de realização de diligência traça vários comentários, com juntadas de algumas planilhas, onde, à luz do seu entendimento, é necessário separar notas fiscais não registradas que ensejariam multa calculada no percentual de 10%, outras com percentual de 1%, que até indica. Diz, também, que, a necessidade dos autos baixar em diligência, está disposta no artigo 145, do Decreto n. 7.629/99, que instituiu o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia.

No caso em apreço, a necessidade de produção de realização de diligência decorre do fato de ser optante do Programa DESENVOLVE, e nessa condição, o ICMS decorrente da aquisição de bens para o ativo fica diferido ao momento de sua desmobilização, não podendo ser aplicada multa de 10%, nos casos onde não houve desmobilização.

Isto porque, em relação as notas fiscais não registradas no livro ou apenas registradas na contabilidade, para que seja validado o presente lançamento (Infração 02), pelo qual foi aplicada multa de 10% (dez por cento) do valor da operação, deve ser averiguado se a operação é relativa à aquisição de bens do ativo, enquadrada ou não no Programa DESENVOLVE.

Ante ao exposto, requer a ENERGÉTICA CAMAÇARI MURICY I S/A. que seja deferido o pedido de diligência, nos termos do artigo 145, do Decreto n. 7.629/99, de modo que a Autoridade Administrativa:

- (i) proceda ao cancelamento dos lançamentos levados a efeito sobre notas fiscais regularmente escrituradas no livro de registro do ICMS (doc. n. 06 e 07);
- (ii) proceda ao cancelamento dos lançamentos levados a efeito sobre as notas fiscais registradas apenas na contabilidade e não no livro de registro do ICMS (doc. n. 08) com base nos princípios da razoabilidade em face da inexistência de dolo, fraude ou simulação com o fim precípuo de não recolher tributos em face da ausência de prejuízos ao erário Estadual;
- (iii) proceda ao cancelamento dos lançamentos levados a efeito sobre as notas fiscais não escrituradas e não registradas na contabilidade pelo simples fato de não reconhecermos tais operações conforme amplamente comentado no item “c” dessa impugnação; e
- (iv) caso V. Sas, apesar dos argumentos acima apresentados no sentido do cancelamento dos lançamentos descritos nos pedidos acima formulados, entenda ser procedente as infrações, solicitamos a redução da multa de 10% para 1% por conta do enquadramento no Programa DESENVOLVE assim como por conta da sua razoabilidade.

O autuante presta Informação Fiscal, às fls. 181-A/183, dizendo que a Impugnante alega ser improcedente a cobrança pelos motivos adiante citados:

- a. O Programa DESENVOLVE lhe assegura o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento que ocorrer sua desincorporação.
- b. O Programa DESENVOLVE autoriza o diferimento do lançamento e do pagamento do imposto, porém não o isenta das obrigações acessórias de escriturar os livros fiscais pertinentes à movimentação (Grifo nosso acrescido).
- c. A defendente formulou consulta, por meio do Processo 21435120089, tendo como resposta o Parecer 238762008, de 26.11.2008, de que as operações amparadas pelo regime de diferimento são consideradas como operações tributadas, que há apenas postergações do lançamento e do recolhimento do imposto para uma etapa posterior ao da circulação da mercadoria.

Sendo assim, diz que não procede à alegação de falta de aderência normativa, com a aplicação da penalidade prevista no inciso IX, do artigo 42, da Lei nº 7.014/ 96, como assim deseja a Impugnante

Destaca também a argüição da impugnante de que as notas fiscais que deram origem a autuação referem-se a bens do ativo e de materiais de construção adquiridos em nome da Autuada, pela Construtora EFACEC DO BRASIL LTDA, contratada pela Impugnante na modalidade empreitada global, para construir a Usina Termoelétrica, e que não foram levadas ao seu conhecimento.

Sobre tal argüição, diz não prosperar a informação, visto que os bens adquiridos foram incorporados ao Ativo Fixo da Impugnante, portanto a responsabilidade da escrituração de tais notas e/ou documentos é da empresa titular contratante, assim é incoerente a tentativa de transferência de responsabilidade. Ressalta que constitui obrigação acessória o registro de todas as Notas Fiscais nos Livros de Registro de Entradas, Saídas e de Apuração.

Diz também que, o fato das Notas Fiscais estarem registradas na escrita contábil da recorrente, não a desobriga de fazer a escrita fiscal, pois a obrigação de escriturar esta prevista no artigo 322 do RICMS/BA, que o descreve.

Quanto à alegação de que diversas notas fiscais dos exercícios 2009/2010 encontram-se regulamente escriturada, diz que procede, onde observa que tal fato decorreu de inconsistências identificadas nos arquivos eletrônicos da autuada, razão pela qual retifica os anexos vinculados a autuação. Sanadas as incorreções, demonstra a seguir o valor apurado após o acolhimento de parte das alegações da defendente:

Infrações	Valor histórico A.I.	Valor Histórico do. A.I. depois da Defesa
Infração 01	R\$ 24.882,47	R\$24.882,47)
Infração 02	R\$158.756,40	R\$125.139,95
TOTAL	R\$183.638,87	R\$183.638,87

Por tudo exposto, mantém a ação fiscal que resultou na reclamação do crédito tributário, onde, visando salvaguardar os interesses públicos, espera dos membros deste Egrégio Colégio um julgamento exemplar pela procedência parcial do presente auto.

Encontra-se na fl. 189 dos autos, um termo de confissão de dívida assinada por procurador outorgado pela impugnante (fl. 190), bem assim, na fl. 191, o novo demonstrativo de débito da infração 02, com a alteração do valor inicial de R\$183.638,87 para o valor de R\$125.139,05, devidamente reconhecido pela impugnante, inclusive com pagamento da parte reconhecida na autuação, conforme extrato do SIGAT acostados aos autos às fls. 193/195.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com indicação clara do nome, o endereço e a qualificação fiscal do sujeito passivo, bem como a indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Quanto ao requerimento da conversão do julgamento em diligência, com fundamento no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo desnecessária por considerar suficientes os elementos contidos nos autos, para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, mesmo porque os elementos argüidos pelo defendente, em relação especificamente a infração 02, que seria o objeto da diligência, foram acatados pelo autuante na sua informação fiscal, alterando o valor original de R\$158.756,40 para o valor de R\$125.139,95, inclusive com manifestação expressa do próprio defendente à fl. 189 dos autos, por meio do termo de confissão de dívida, com renúncia a qualquer defesa ou recurso tendente a discutir o novo valor do crédito tributário, que ora se constitui.

Verifico que foi imputado ao contribuinte autuado o cometimento de 2 (duas) infrações, sendo a infração 1 plenamente acatada pelo autuado e diz respeito a ter deixado de recolher ICMS no valor de R\$24.882,47, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do próprio estabelecimento do autuado nos anos de 2009 e 2010, conforme os ANEXO 01 (fls. 11/12) e ANEXO 02 (fls. 13/15) dos autos. Em consequência, subsiste a infração 01 pelo reconhecimento tácito do sujeito passivo.

A infração 2, que diz respeito a ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria tributável sem o devido registro na escrita fiscal, relativo aos anos de 2008, 2009 e 2010, conforme os ANEXO 03 (fl. 16), ANEXO 04 (fls. 17/20) e ANEXO 05 (fl. 21), em que foi aplicado a multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, observo que o sujeito passivo alega que há reparos a fazer no demonstrativo de débito da infração, seja porque é habilitado ao Programa

DESENVOLVE, seja porque consta no demonstrativo de débito da infração mercadorias que se encontram efetivamente registradas no livro fiscal próprio.

Sobre a assertiva de está habilitado ao Programa DESENVOLVE, diz o sujeito passivo, que as entradas de mercadorias destinadas ao Ativo Fixo estão sob a égide do regime de diferimento do recolhimento do ICMS, onde o pagamento do imposto ocorre na desincorporação do bem, sendo somente nesta hipótese que haveria a exigência do imposto. Logo, à luz do seu entendimento, diz que se equivoca o autuante em cobrar o percentual de 10% de multa (inciso IX, do art. 42, da lei 7.014/96), onde o correto seria aplicação de 1% de multa (inciso XI, do art. 42, da Lei 7.014/96), por entender que, no momento do ingresso da mercadoria em seu estabelecimento, não há a incidência do ICMS, e sim, quando da sua desincorporação. Assim, a multa devida seria de 1% (inciso XI) e não de 10% (inciso IX), já que estaria se tratando de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributadas.

Como bem destaca o autuante em sua informação fiscal, o Programa DESENVOLVE, o qual o sujeito passivo está acobertado, de fato autoriza o diferimento do lançamento e do pagamento do imposto relacionado a mercadorias destinadas ao ativo fixo, porém não o isenta das obrigações acessórias de escriturar os livros fiscais pertinentes à movimentação. Ademais, o instituto do regime de diferimento apenas autoriza a postergação do pagamento do imposto para uma etapa posterior, porém não muda a natureza da operação de movimentação da mercadoria tributada para não tributada.

Aliás, como o próprio autuante destacou em sua informação fiscal, o sujeito passivo já havia formulado consulta, por meio do Processo 21435120089, tendo como resposta o Parecer 238762008, de 26.11.2008, de que as operações amparadas pelo regime de diferimento são consideradas como operações tributadas, que há apenas postergação do lançamento e do recolhimento do imposto para uma etapa posterior ao da circulação da mercadoria.

Desta forma entendo está correto o enquadramento da autuação no inciso IX, do artigo 42, da Lei nº 7.014/ 96, com a aplicação da penalidade de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, conforme se pode extrair da leitura do inciso IX abaixo descrito.

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

(...)

IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Quanto à outra perspectiva de equivoco cometido na autuação, aventada pelo sujeito passivo em relação a infração 02, de que consta no demonstrativo de débito da infração mercadorias que se encontram efetivamente registradas no livro fiscal próprio; diz o autuante que procede em relação a alguns itens, onde observa que tal fato decorreu de inconsistências identificadas nos arquivos eletrônicos da autuada, razão pela qual retificou os anexos vinculados a autuação, alterando o valor original da infração 02 de R\$158.756,40 para o valor de R\$125.139,95.

Portanto, diante de tais considerações, não observando nada que desabone tal alteração, subsiste em parte a infração 02, conforme o demonstrativo de débito à fl. 191 dos autos, em que já se encontra com o aprova do sujeito passivo na forma do termo de confissão de dívida que faz parte integrante deste PAF à fl. 189, inclusive com informação de pagamentos na forma do extrato SIGAT às fls. 193/196 dos autos.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração em tela por restar integralmente procedente a infração 1 e procedente em parte a infração 2.

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 nº 333006.0003/13-5 lavrado contra **ENERGETICA CAMAÇARI MURICY I S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$24.882,47**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$125.139,95**, previstas nos incisos IX, do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, homologando os valores já pagos

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2014.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA