

A. I. Nº - 269190.0109/13-3
AUTUADO - WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.
AUTUANTES - SÉRGIO BORGES SILVA e CRIZANTO JOSÉ BICALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 02.06.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-04/14

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Recolhimento de ICMS efetuado a menor, em virtude de inclusão de valores não alcançados pelo benefício fiscal. Comprovado o equívoco no cálculo do benefício com a inclusão de parcela não sujeita à dilação do prazo. Infração 01 caracterizada. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À PREVISTA EM LEI COMPLEMENTAR.** Para fins de utilização de créditos fiscais, nas transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma sociedade empresária, deverá ser adotado como valor da base de cálculo o custo de produção, conforme definido na legislação tributária em vigor: matéria prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra. Infração 02 caracterizada. **3. LIVROS FISCAIS. CIAP. ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO.** Ilícito tributário reconhecido e não impugnado. Infração 03 mantida. **4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SERVIÇO DE TRANSPORTE. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO.** O contribuinte, embora tenha alegado pagamento prévio, não comprovou tal fato. Infração 04 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2013, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico total de R\$ 2.416.810,07, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 – Recolhimento a menor, em função de erro na determinação da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa Desenvolve. Consta que foram deduzidos da citada parcela valores referentes a débitos por produção de terceiros, baixas de estoque, ativo imobilizado, materiais de consumo, diferenças de alíquotas e ajustes atinentes a “*DIÓXIDO DE CARBONO LIQ. CAM. TANQUE*”. Em relação a estes últimos (ajustes), as deduções foram proporcionais às saídas do produto fabricado por terceiros, tomando-se o preço médio em cada período de apuração. R\$ 672.689,11 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, Lei 7.014/1996.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito, concernente às prestações de serviço de transporte a preço FOB. Nos dizeres dos autuantes, “*o autuado adquire serviço de transporte interestadual de carga em operações de transferência de produto acabado para as filiais do mesmo grupo empresarial situadas em outros estados da Região Nordeste. Enquanto remetente se creditou indevidamente do ICMS referente a tais serviços, quando as operações não se deram a preço CIF.*”

Não se trata de operações de venda a preço FOB ou CIF, mas sim de operações de transferência para estabelecimento localizado em outro Estado, pertencente ao mesmo titular. Neste caso, o valor da base de cálculo está disciplinado na Lei Complementar 87/96, artigo 13, §4º. R\$ 597.843,29 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, Lei 7.014/1996.

Infração 03 – Escrituração de livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares (CIAP). Multa de R\$ 140,00, prevista no art. 42, XVIII, “b”, Lei 7.014/1996.

Infração 04 – Falta de retenção e recolhimento do tributo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal. Os auditores informam que *“o autuado não comprovou o pagamento do ICMS incidente nas sucessivas prestações de serviço de transporte quando atuou como tomador junto aos fornecedores A. C. Lira Transportes Ltda., CNPJ 10.873.438/0004-80, e Andaluz Logística e Transportes Ltda., CNPJ 06.101.470/0006-32. Após análise dos dados constantes da SEFAZ conclui-se que as citadas prestadoras de serviço de transporte são optantes pelo uso de créditos oriundos de documentos fiscais”*. R\$ 1.146.137,67 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, Lei 7.014/1996.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 445 a 466, através da advogada constituída por intermédio do instrumento de mandato de fls. 468/469.

Inicialmente, com fundamento na Resolução 111/2006 e nos arts. 3º e 4º do Decreto 8.205/2002 (fls. 447/448), aponta a tempestividade da peça, sintetiza os fatos e, no que concerne à infração 01, por conceber que não há limitação legal ao termo *“operações próprias”*, alega que o benefício do Desenvolve se aplica a todas as operações de venda, e não apenas àquelas resultantes de produtos industrializados por si.

Na sua concepção, o benefício é de natureza subjetiva, em função de que seria aplicável em todas as suas operações, o que assevera com supedâneo nos arts. 61, II, RICMS/BA e 105, XI, Lei 7.014/1996 e em jurisprudência, transcrita às fls. 452/453. Qualquer interpretação distinta configuraria inversão de critério jurídico.

A prevalecer o entendimento da fiscalização, o que admite a título de mero argumento, não teria direito ao uso do Programa na maioria dos meses, pois o imposto a ser recolhido em razão de vendas de mercadorias industrializadas no seu estabelecimento raramente atinge o piso exigido na legislação.

Além disso, os débitos por diferenças de alíquotas foram excluídos do Desenvolve de forma indevida, pois recolher os mesmos sem a aplicação do benefício não é coerente ou razoável.

Em casos análogos, um deles relativo a um Auto de Infração de ICMS, a jurisprudência, inclusive do STF, vem conferindo interpretação teleológica a desonerações tributárias subjetivas, privilegiando as suas finalidades, ainda que para alcançar atividades diferentes daquelas precípuas dos beneficiários (Súmula STF 724 e ADIN 2.028/DF).

Não poderiam os auditores lançar o tributo em comento, em razão da atividade vinculada que lhes caracteriza. *“A verificação deste componente técnico e político do projeto, isto é, a competência para aferir se um determinado estabelecimento ou projeto pode ou não se habilitar no programa DESENVOLVE, fica a cargo do Conselho Deliberativo (...)”*. Em razão disso, conclui que tem direito adquirido à desoneração.

Quanto à segunda infração, assinala que o fisco estornou créditos sob a premissa de que o fiscalizado não faria jus ao aproveitamento do ICMS incidente sobre as despesas de frete incorridas em operações de transferência interestadual. Ou seja, considerando que o frete não integra a base de cálculo do tributo devido nas operações de transferências interestaduais entre filiais, não há direito de crédito.

Entende que os créditos jamais poderiam ser retirados do cálculo do saldo devedor passível de incentivo, tendo em vista o princípio da não cumulatividade.

Ocorre que o frete não é pago pelo defendente, pois as transportadoras autônomas destacam e pagam o imposto grafado nos conhecimentos de transporte, com o repasse do custo para o tomador do serviço, o que legitima o creditamento, a teor do art. 13, §4º, III, LC 87/1996.

Junta documentos, para demonstrar a veracidade de sua argumentação.

Relativamente à infração 04, sustenta que deve prevalecer a verdade material, em detrimento da formal, em virtude do efetivo recolhimento do ICMS incidente sobre os serviços de transporte contratados das sociedades empresárias A. C. Lira Transportes Ltda. e Andaluz Logística e Transportes Ltda.

Reconhece a vigência do art. 298, RICMS/BA, transcrito à fl. 461, que atribui ao tomador do serviço, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pelo recolhimento.

Todavia, apesar de não ter recolhido, as referidas prestadoras destacaram o tributo e efetuaram o pagamento, conforme documentos 04 e 07 da peça de defesa. Assim, alega que o máximo que se poderia impor no presente caso é uma multa por descumprimento de obrigação acessória.

Assinala o pagamento da infração 03, requer a produção de prova através de todos os meios admitidos, inclusive perícia, com registro de quesitos e assistente técnico, fornece endereço para comunicações e encerra pleiteando o acolhimento das razões defensivas.

Na informação (fls. 1.219 a 1.232), os auditores fiscais iniciam assinalando que a infração 03 não foi impugnada.

Em seguida, ao se referirem à primeira imputação, dizem que o contribuinte, em entendimento personalíssimo e descontextualizado, tenta desviar o foco da discussão, e que a matéria já foi apreciada por este Conselho em outras ocasiões, a exemplo das lides que resultaram nos Acórdãos CJF 0367-12/11 e 0002-11/12.

Segundo argumentam, o impugnante cometeu equívoco à fl. 448 ao trazer aos autos a Resolução 111/2006, pois esta trata de benefício concedido a uma filial da mesma matriz. Em verdade, a Resolução com eficácia no caso em apreço é a 112/2006, transcrita à fl. 1.221.

O fato é que não faz nenhum sentido dar legitimidade ao benefício nas operações não decorrentes dos investimentos previstos no projeto aprovado, pelo que não cabe aventar inversão de critério jurídico, pois o que se fez foi apenas aplicar a legislação de regência.

Com relação ao piso, que o contribuinte afirmou ser alcançável em raras oportunidades, a prevalecer o entendimento da fiscalização, pontuam que a dilação de prazo para recolhimento do imposto foi concedida para a ampliação da planta. Se o mesmo (piso) não é atingido, isso sugere que a ampliação não surtiu os efeitos pretendidos, cabendo à Secretaria Executiva do Desenvolvimento acompanhar a efetiva implantação do projeto.

Quanto às lides judiciais citadas na peça de defesa, pontuam que a ação anulatória 0315681-02.2012.8.05.0001, atinente ao lançamento de ofício 269190.0001/10-3, ainda não transitou em julgado e diz respeito a situações distintas daquelas ora julgadas.

Segundo alegam, diferença de alíquotas resultante de aquisições de bens de consumo não deve fazer parte da parcela sujeita à dilação de prazo.

Ao tratar dos ajustes efetuados pela fiscalização, relativos a créditos não considerados na apuração do ICMS passível de incentivo, o contribuinte não percebeu que tal metodologia apenas o beneficia, na medida em que aumenta o saldo passível de incentivo.

No que é inerente à infração 02, citam julgamentos de primeira instância deste Conselho.

O legislador complementar, ao definir a base de cálculo nas transferências interestaduais, incluindo na mesma tão somente os custos com matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento, conforme o art. 13, §4º, LC 87/1996, cuidou de estabelecer critério objetivo e

justo. Os fatos de o gravame ter sido recolhido pela transportadora e do ônus ter recaído sobre o tomador dos serviços não são suficientes para possibilitar o creditamento.

Relativamente à quarta infração, embora o destaque do ICMS tenha sido consignado nos conhecimentos de transporte, não há nos autos qualquer prova de pagamento do tributo. Ao analisarem as cópias de documentos de arrecadação de fls. 1.161 a 1.217, concluem que nenhum deles se refere à A. C. Lira Transportes Ltda., embora alguns guardem relação com a sociedade Andaluz Logística e Transportes Ltda., ambas devedoras contumazes, com sócios irregulares etc.

Encerram pleiteando a procedência.

Juntados comprovantes de pagamento parcial às fls. 1.237/1.238.

VOTO

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois os auditores expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos tributários, indicando os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico.

Igualmente, não houve inversão de critério jurídico e nem foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, RPAF/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Assinale-se que o presente lançamento de ofício não revoga o ato administrativo que habilitou o impugnante ao Programa Desenvolve. Trata-se de exigência tributária, levada a efeito por autoridades administrativas competentes para tanto, nos termos do art. 18, Decreto 8.205/2002. Por isso, é inverídica a cogitação de agressão a direito adquirido.

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

A Súmula STF 724 (que não é vinculante e versa sobre IPTU), assim como as contendas judiciais trazidas à baila pelo sujeito passivo, não possuem relação com a situação em análise.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

No que concerne ao endereço para comunicações, deve ser observado o art. 108, RPAF/1999.

Não há razões para perícia, pois todos os elementos aptos à formação da convicção dos julgadores estão presentes no processo, o que afirmo com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF/1999.

Veja-se que todas as penalidades propostas encontram amparo nos incisos do art. 42 da Lei do ICMS/BA acima indicados, não competindo a este órgão a apreciação de constitucionalidade da legislação (art. 167, I, RPAF/1999), tampouco a redução ou o cancelamento de multa por descumprimento de obrigação principal (arts. 158/159, RPAF/1999).

A terceira infração não foi impugnada, pelo que não terá o mérito apreciado.

Infração mantida.

No mérito da imputação 01 do presente AI (Auto de Infração), o débito diz respeito ao recolhimento a menor do ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa DESENVOLVE.

O Estado, em face do interesse público, visando incentivar a indústria, optou por conceder, através do Programa DESENVOLVE, dilação de prazo do pagamento do ICMS para aqueles que aqui se instalarem ou ampliarem os seus parques industriais.

As normas que regulam a matéria devem ser interpretadas restritivamente, pois a concessão não deve ser alcançada por operações ou mercadorias que o legislador não pretendeu beneficiar (art. 111 do Código Tributário Nacional – CTN).

Através da Lei nº 7.980/2001, esta unidade federativa instituiu o Programa DESENVOLVE “*com o objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado*” (art. 1º).

Tais incentivos têm por finalidade o estímulo às instalações de novas indústrias, suas expansões, a reativação ou a modernização de empreendimentos já instalados, com geração de novos produtos ou processos, aperfeiçoamento das características tecnológicas e redução dos custos ou processos já existentes (art. 3º).

O saldo devedor do imposto a ser alcançado pela dilação de prazo deve ser calculado em função das operações próprias do beneficiário do Programa DESENVOLVE. Precisamente, aquelas vinculadas diretamente com o processo produtivo do beneficiário e relacionadas com os investimentos constantes dos projetos de incremento de capacidade produtiva, aprovados pelo Conselho Deliberativo do citado Programa.

Mostra-se equivocada a tese defensiva de que a expressão “*operações próprias*” não é restritiva, pois todo benefício fiscal deve ser interpretado restritivamente, a teor do art. 111 do CTN.

Fica claro, portanto, que o contribuinte somente pode incluir no montante que servirá de base de cálculo para apuração do ICMS beneficiado com a dilação do prazo de pagamento, os valores correspondentes às operações de saídas de mercadorias produzidas no estabelecimento, que seguramente devem ser consideradas “*operações próprias*”, resultantes dos investimentos previstos no projeto incentivado, não estando, evidentemente, incluídos débitos outros do imposto, a exemplo de saídas de produção de terceiros, baixas de estoque, operações com ativo imobilizado e materiais de uso e consumo, diferenças de alíquotas, ajustes de gás carbônico, créditos decorrentes de entradas de mercadorias para comercialização ou créditos de serviço de transporte.

Com relação ao piso, que o defendente afirmou ser alcançável em raras oportunidades, a prevalecer o entendimento esposado na autuação, de fato, como disseram os auditores, a dilação de prazo para recolhimento do imposto foi concedida de acordo com as condições acima alinhavadas. Se o mesmo (piso) não é atingido, isso sugere que a ampliação não surtiu os efeitos pretendidos, cabendo à Secretaria Executiva do Desenvolve acompanhar a efetiva implantação do projeto.

No que se refere aos ajustes efetuados pela fiscalização, relativos a créditos não considerados na apuração do ICMS passível de incentivo, tal metodologia, conforme argumentaram os autuantes, beneficia o autuado, na medida em que aumenta o saldo passível de incentivo.

Infração 01 caracterizada.

Quanto à segunda imputação, para efeito de apuração da base de cálculo quando das transferências interestaduais entre estabelecimentos de mesma titularidade, deverá ser adotado o custo de produção, definido no art. 13, § 4º, II da LC nº. 87/1996, norma esta reproduzida na Lei nº. 7.014/1996, no seu art. 17, § 7º, II, como também no art. 56, V, “b” do RICMS/1997, ou seja, a soma dos custos de matéria prima, material secundário, mão de obra e acondicionamento.

A definição da base de cálculo do ICMS é matéria reservada à Lei Complementar, em face da dicção do art. 146, III, “a” da Constituição Federal, sendo que o comando contido no art. 13, § 4º da Lei Complementar 87/1996 é específico e não admite interpretação distinta daquela ofertada pelos autuantes, muito menos extensiva.

Logo, os gastos com frete devem ser expurgados para efeito de determinação da base de cálculo legal, implicando no subsequente estorno do crédito, conforme procederam os auditores.

Infração 02 caracterizada.

No tocante à infração 04, observo às fls. 1.161 a 1.217 que nenhum dos documentos ali dispostos se refere à sociedade A. C. Lira Transportes Ltda., embora alguns guardem relação com Andaluz Logística e Transportes Ltda.

No campo de informações complementares não há indicações de números de conhecimentos de transporte ou notas fiscais. Restam destacados apenas os meses de referência nos DAEs (emitidos por Andaluz Logística e Transportes Ltda.), pelo que concluo que os mesmos são imprestáveis para albergar as pretensões do sujeito passivo.

Infração 04 caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269190.0109/13-3**, lavrado contra **WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.416.670,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” e “f” e VII, “a” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 140,00**, prevista no art. 42, XVIII, “b” da Lei 7.014/1996, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei 9.837/2005, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR