

PROCESSO - A. I. Nº 108580.0056/12-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SOLVEN SOLVENTES E QUÍMICOS LTDA.
RECORRIDOS - SOLVEN SOLVENTES E QUÍMICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0068-03/15
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 07/10/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0253-11/15

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o sujeito passivo, na apuração do benefício não atendeu aos requisitos regulamentares para sua fruição ao incluir operações não contempladas no benefício concedido. Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF promoveu a exclusão de operações alcançadas pelo benefício e arroladas indevidamente no levantamento fiscal, reduzindo o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Decretada, de ofício, o reenquadramento da multa. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que atribui ao sujeito passivo o cometimento do recolhimento a menos de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento do ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Desenvolve, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando assim o seu pagamento, nos meses de fevereiro a outubro de 2007, no valor de R\$461.238,82, acrescido da multa de 60%, - Infração 01 - **03.08.05**.

Consta que o “Contribuinte fabricava e vendia produtos que não estavam amparados pela isenção do Programa Desenvolve, no período de janeiro a outubro de 2007, cumpre também dizer que o benefício fiscal dele é para fabricação de parafina auto-emulsionável, neste período, Resolução 76/2003, no entanto ele vendia solventes, ceras, thinner etc, para estes tipos de produtos não existia o tal benefício fiscal do Desenvolve. Resolução anexa ao PAF. Anexo ao presente Auto de Infração Peças Publicitária da Solven Solventes e Químicos Ltda. obtidas na internet no site do contribuinte.”

Em Primeira Instância, os Ilustres Julgadores da 3ª JF afastaram a alegação de decadência em razão do seguinte:

O autuado sustentou que o Auto de Infração traz operações realizadas após vencidos os cinco anos da ocorrência do fato gerador, não podendo a autoridade fazendária promover a exigência fiscal, uma vez que já havia sido abarcado pela decadência, nos termos do art. 150, §4º do CTN.

Consoante disposição do art. 173, inciso I, do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB (Lei 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS-BA/97, prevêem que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Já o §5º do artigo 107-B do mesmo COTEB acima referido, estabelece que se considere ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Logo, o lapso temporal para constituição do crédito tributário ou homologação do lançamento tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, inciso I, do CTN e 107-B do COTEB acima citados, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança janeiro a outubro de 2007, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2008, com termo final em 31/12/2012.

Assim, como o Auto de Infração foi lavrado em 26 de dezembro de 2012, conforme pode ser constatado no documento colacionado à fl. 01, considero que o lançamento tributário efetivamente se concretizou, configurando-se inequivocamente o direito subjetivo de a Fazenda Pública cobrar o tributo, com o nascimento para o contribuinte da obrigação de pagá-lo. Não há, portanto, no caso em análise, que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme argüido pelo impugnante.

Nestes termos, não deve prosperar a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento

Quanto à materialidade da infração, os Ilustres Julgadores da 3ª JJF concluíram pela Procedência Parcial em razão do seguinte:

No mérito o Auto de Infração exige ICMS em decorrência do recolhimento a menos em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento do ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Desenvolve, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando assim o seu pagamento.

Da análise dos elementos constantes dos autos constato que a acusação fiscal decorre da verificação pelos autuantes de que no período fiscalizado o autuado fabricava e vendia produtos não amparados pelo benefício do Programa Desenvolve previsto na Resolução nº 76/2003 referente à fabricação de parafina auto-emulsionável.

O impugnante se insurgiu contra a autuação asseverando que o estabelecimento autuado produz e vende parafinas auto-emulsionadas, conforme projeto de investimento para esta finalidade previsto na Resolução nº 76/2003. Explicou que no período fiscalizado produziu a referida parafina sob diversos nomes comerciais sempre de acordo com a previsão do benefício objeto de sua impugnação. Asseverou que a fiscalização se deteve nas informações constantes em sua página na internet de onde resgatou dados de sua conveniência, omitindo informações relevantes. Apontou também a existência no levantamento fiscal de notas fiscais canceladas. Reconheceu o valor de R\$2.472,56, referente a materiais comercializados e não contemplados pela multicitada Resolução.

Em sede de informação fiscal, os autuantes mantiveram a autuação observando que o benefício do estabelecimento autuado é específico para produzir parafina auto-emulsionável, assinalando que no lançamento foi catalogado “tudo aquilo que no site do contribuinte é tido como não sendo parafina auto-emulsionável”, citando como exemplo o produto “Cera Mix Eco”.

Em diligência solicitada por esta 3ª JJF e realizada pela ASTEC/CONSEF, fls. 135 a 138, o diligenciador depois de examinar os elementos coligidos na documentação apresentada e em visita às instalações fabris do autuado asseverou que os produtos arrolados no levantamento fiscal e listados na planilha apresentada pelo autuando, fls. 142 a 146, todos possuem parafina em sua composição. Explicou que o termo “parafina auto-emulsionável” objeto da Resolução nº 76/2003 não é componente dos produtos fabricados pelo autuado, mas o próprio produto final que resulta da mistura de parafina em pó com aditivos e emulgadores. Com base nestas constatações elaborou novo demonstrativo de apuração e de débito, fls. 204 e 205, que relacionou na diminuição da exigência para o valor de R\$5.182,30, de decorrência da exclusão dos valores relatados aos itens listados às fls. 142 a 146, que resultaram efetivamente do beneficiamento da parafina. Esclareceu também que manteve as notas fiscais apontadas na defesa como tendo sido canceladas em virtude da não comprovação pelo impugnante do efetivo desfazimento das correspondentes operações.

Ao tomar ciência do resultado da diligência, fls. 210 a 212, o defendente se manifestou acatando o resultado do Parecer elaborado pelo diligenciador. Um dos autuantes foi cientificado do resultado da diligência, fl. 219, e não se manifestou nos autos.

Ao compulsar os autos e examinar os elementos que emergiram do contraditório instalados nos presentes autos, precipuamente o resultado da diligência solicitada por esta 3ª JJF, constato que as exclusões procedidas pelo diligenciador da ASTEC/CONSEF, com base nos dados coligidos no estabelecimento autuado, decorreram da efetiva confirmação de que de operações devidamente amparadas pelo benefício concedido ao defendente e previsto na Resolução nº 76/2003, ou seja, saídas de parafina auto-emulsionadas. Do mesmo modo, ante a não comprovação do efetivo cancelamento das operações, verifico que assiste razão aos autuantes e ao diligenciador da ASTEC, quanto ao não acolhimento das notas fiscais de cancelamento apontadas pela defesa, haja vista se configurar em mera alegação, impotente, portanto, para elidir a acusação fiscal. Assim, acolho o novo demonstrativo integrante do resultado da diligência.

Nestes termos, concluo pela subsistência parcial da autuação no valor de R\$5.182,31, consoante demonstrativo

elaborado pelo diligenciador da ASTEC/CONSEF colacionado às fls. 204 e 205.

Com espede no art. 169, I, do RPAF foi interposto Recurso de Ofício.

Inconformado com valor residual da autuação fiscal, o contribuinte também apresentou Recurso Voluntário.

Aduz que acata a Decisão, porém informa que na apuração do débito existem 03 notas fiscais canceladas (3.060,00, 3.061,00, 4.279,00) cujo cancelamento não foi comprovado pelo requerente, e concorda que o ICMS referente a tais notas é totalmente devido, atingindo o montante de R\$2.709,74.

Reconhece que os demais valores, no total de R\$ 2.472,57, que compõem o saldo residual do débito após a Decisão de primeira instância, ocorreram pela utilização irregular do benefício do incentivo fiscal do DESENVOLVE, causado por venda de produtos não contemplados pelo benefício aprovado.

Aduz que, considerando-se que a autuação se deu pela utilização irregular do benefício, no seu entender, já recolheu 20% (vinte por cento) do valor constante de R\$ 2.472,57, haja vista que há o recolhimento mensal de 10% (dez por cento) do valor do ICMS apurado e houve o recolhimento de mais 10% (dez por cento) após um ano. Segundo o cálculo do Recorrente, do valor devido (R\$ 2.472,57), deve-se abater os valores recolhidos em razão da aplicação indevida do DESENVOLVE, quais sejam, o pagamento de 10% no mês dos fatos geradores (R\$ 247,26), e mais o valor relativo a 10% recolhido após um ano (R\$ 247,26), restando um saldo não recolhido de R\$ 1.978,05.

Assevera que, concordando parcialmente com o levantamento realizado pela fiscalização, fez recolhimentos parciais dos valores apurados, conforme discriminados a seguir:

No dia 30/01/2013, (DAE de pagamento fl. 265)

a.	(+) Valor principal	R\$	2.472,55
b.	(+) Acréscimo de juros e multa moratória	R\$	1.345,35
c.	(+) Multa por infração (100%)	R\$	2.472,55
d.	(=) Total Recolhido	R\$	6.290,45

No dia 26/09/2014, (DAE de pagamento fl.267)

a.	(+) Valor principal	R\$	21,74
b.	(+) Acréscimos moratórios e juros	R\$	18,46
c.	(+) Multa por infração (100%)	R\$	21,74
d.	(=) Total recolhido	R\$	61,94

No dia 26/09/2014, (DAE de pagamento fl. 268)

a.	(+) Valor principal	R\$	1.698,99
b.	(+) Acréscimos moratórios e juros	R\$	1.312,74
c.	(+) Multa por infração (100%)	R\$	1.698,99
d.	(=) Total recolhido	R\$	4.710,72

Aduz que o recolhimento total efetuado foi de R\$ 11.063,11 considerando-se os montantes pagos:

e.	(+) Valor principal	R\$	4.193,28
f.	(+) Acréscimos moratórios e juros	R\$	2.676,55
g.	(+) Multa por infração (100%)	R\$	4.193,28
h.	(=) Total recolhido	R\$	11.063,11

Assevera que o artigo 45, I, da Lei nº 7.014/1996, a multa por infração possui redução de 70% se o pagamento for feito em até 30 dias da ciência da notificação fiscal, conforme excerto transcrito abaixo:

Entende que houve o recolhimento a maior de R\$ 1.600,69, pois fez os recolhimentos, informados no item 6, antes do final do processo legal, utilizando-se de multa por infração legal de 100%, fato que provocou a diferença entre o valor recolhido e o devido.

O Recorrente apresenta uma memória de cálculos utilizando-se dos critérios presentes na página eletrônica da SEFAZ Bahia (*"No atraso superior a 90 dias do vencimento será exigido 0,11% sobre o valor principal multiplicado pelo número de dias em atraso, limitado ao máximo de 10%, mais taxa SELIC, acumulada até o mês anterior ao do pagamento, menos taxa SELIC do mês*

do vencimento, mais 1%, à título de acréscimos moratórios”).

O Recorrente requer a baixa da dívida oriunda do Auto de Infração nº 108580.0056/12-9 nos controles financeiros e administrativos da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, devido à liquidação da mesma.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho Sento Sé, opina pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário.

Observa que a infração está claramente descrita e tipificada na legislação tributária, com indicação do fato gerador, infrator, bases de cálculo e o dispositivo legal infringido, e portanto, o lançamento atende aos requisitos de validade do art. 39 do RPAF.

Argumenta que a multa aplicada está expressamente prevista na lei ordinária instituidora do ICMS (Lei nº 7.014/96).

No que toca ao pedido de aplicação do art. 45 da Lei nº 7.014/96, aduz que os elementos às fls. 265/268 relativos aos valores recolhidos, deverão ser submetidos e aferidos pelo órgão competente para fins de homologação e aplicação da regra inserta no art. 45 da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao mérito da autuação, salienta que o Recorrente acada os termos da Decisão de 1º grau, ao tempo em que requer a baixa da dívida. Frisa que os valores recolhidos após o início da ação fiscal deverão ser homologados pelo órgão competente desta SEFAZ, ao tempo que a extinção da dívida tributária ocorrerá mediante o pagamento integral do débito tributário.

VOTO

Primeiramente, quanto ao Recurso de Ofício, observo que a redução do crédito tributário procedida em Primeira Instância decorreu de diligência realizada conforme Parecer ASTEC nº 090/2014, fls. 135 a 138.

Após intimar o autuado e coligir os elementos fornecidos e confirmar fidedignidade das informações, *in loco*, ou seja, no estabelecimento autuado, a diligência esclareceu que a linha de produção da empresa Solven Solventes, localizada no Pólo Empresarial de Dias D’Ávila, tem por finalidade a produção de parafina, a partir da mistura da parafina em pó com aditivos e emulgadores, consoante sua constatação *in loco* e conforme se pode ler no descritivo entregue pela empresa, fls. 142 a 146. Restou comprovado que a “parafina auto-emulsionável” não é componente dos produtos fabricados pela Solven Solventes e Químicos Ltda., mas é o seu produto final, que resulta da mistura da parafina em pó com os aditivos e emulgadores adquiridos de fornecedores, em coerência com o que se encontra descrito no art. 1º da Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve, fl. 191, que habilita a empresa ao gozo do benefício, ora em questão. O Ilustre Fiscal Diligente frisou que o adjetivo “auto-emulsionável” relaciona-se com a característica, que possui o produto, de ser passível de se transformar em uma emulsão (mistura) a partir de óleo ou de água, de iniciativa do próprio cliente, à sua escolha.

Explicou que, com base nas informações colhidas no estabelecimento, constatou que os produtos descritos às fls. 142 a 146, possuem, todos, em sua composição a parafina, se configurando um produto resultante do beneficiamento da parafina em pó. Quanto ao produto *Cera Mix Eco*, por exemplo, o *site* do autuado (www.solven.com.br) informa que se trata de um tipo especial de parafina, conforme fls. 194 a 200. Assinala que na sua composição, há, também, parafina conforme se encontra descrito na especificação do produto, no *site* citado, fls. 192 a 201.

A diligência refez levantamento fiscal resultando no débito remanescente no valor de R\$5.182,30, conforme novo demonstrativo de apuração e débito acostado às fls. 204 a 205 manteve as mercadorias em relação às quais a empresa não fez qualquer menção em sua resposta, bem como assinala que manteve igualmente, os valores relacionados às Notas Fiscais nº 4279, 3060 e 3061, cuja comprovação do cancelamento não foi feita, à luz do que exige o art. 210 do RICMS-BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos.

Diante do exposto, não restam dúvidas de que a diligência fiscal realizada comprovou que a

empresa tinha o direito a utilização do benefício fiscal do DESENVOLVE referente a grande parte das mercadorias que compuseram os levantamentos fiscais da autuação fiscal, sobre as quais não há que se exigir ICMS a título de recolhimento a menor em razão do uso indevido de incentivo fiscal.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, observo que as alegações recursais se limitam ao reconhecimento dos valores recolhidos, bem como o direito à redução da multa com fundamento no art. 45 da Lei nº 7.014/96, diante dos pagamentos indicados às fls. 265/268.

Inicialmente, observo que os recolhimentos efetuados pelo Recorrente (fls. 265/268) serão homologados após o término do processo administrativo fiscal, e caso não exista saldo residual, o crédito tributário será totalmente extinto em razão do pagamento.

Quanto ao requerimento de aproveitamento dos recolhimentos de ICMS nas saídas das mercadorias com a utilização do benefício do DESENVOLVE, não há como acolher a tese recursal, pois, estas mercadorias não estavam abrangidas pelo benefício, e deveriam ter sido tributadas normalmente. Além disso, não há nos autos a prova de que o Recorrente efetivamente recolheu 20% do ICMS devido nas saídas destas mercadorias.

Quanto à aplicação do art. 45, I, da Lei nº 7.014/96, observo que o Recorrente foi intimado da autuação fiscal em 28/12/12 (fl. 73), uma sexta-feira, assim, o prazo para impugnação se encerrou no dia 29/01/2013, por conseguinte, os pagamentos realizados em 30/01/2013 e em 26/09/2014 ocorreram após o prazo para impugnação e, portanto, não se pode aplicar a redução de 70% da multa prevista no inciso I, do art. 45 da Lei nº 7.014/96. No caso, se aplica o inciso II do referido dispositivo, que prevê redução de multa de 35% nos casos de pagamentos realizados antes da inscrição em dívida ativa.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo os recolhimentos efetuados pelo Recorrente serem homologados pelo setor competente, aplicando-se a redução de multa em razão do pagamento realizado antes da inscrição do crédito em dívida ativa.

Ex officio, observo que a multa aplicada (art. 42, IV, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96) não se amolda à infração imputada ao contribuinte, pois não está comprovada ação ou omissão fraudulente, devendo, portanto, esta ser modificada para o tipo penal constante no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108580.0056/12-9**, lavrado contra **SOLVEN SOLVENTES E QUÍMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.182,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COLHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS