

PROCESSO - A. I. Nº 108595.0007/15-8
RECORRENTE - SOL EMBALAGENS PLÁSTICAS - EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0083-05/16
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/09/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0189-11/16

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. DESENVOLVE. **a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO PARA PAGAMENTO. RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. O essencial, no sentido de determinar se o crédito vai ou não fazer parte da apuração do saldo devedor passível de incentivo (SDPI) é a sua natureza (vinculada ou não vinculada ao projeto), e não o momento em que foi lançado. Caso contrário, restaria desnaturado todo o mecanismo de apuração do Programa Desenvolve. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos processuais de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão 5ª JJF nº 0083-05/16, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 03/06/2015 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 775.237,66, sob a acusação do cometimento de 03 (três) irregularidades, das quais a terceira não está em lide.

INFRAÇÃO 01 – Recolhimento a menor do imposto não sujeito à dilação de prazo para pagamento, em razão de erro na determinação do valor do saldo devedor passível do incentivo (SDPI) do Programa Desenvolve. R\$ 105.762,57 e multa de 60%, prevista no art, 42, II, "f" da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 02 – Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Trata-se, mais objetivamente, da falta de pagamento do imposto não sujeito à dilação de prazo para recolhimento, em virtude de erro na determinação do valor do saldo devedor passível do incentivo (SDPI) do Programa Desenvolve. R\$ 426.036,53 e multa de 60%, prevista no art, 42, II, "f" da Lei nº 7.014/1996.

Ou seja, a infração 1 decorre do recolhimento a menor, enquanto a de nº 02 da falta de recolhimento da quantia não sujeita à dilação de prazo para recolher, estatuída nos termos do Programa Desenvolve, em razão de erros nos cálculos dos saldos devedores passíveis de incentivo (SDPI) no período fiscalizado.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 05/05/2016 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 193 a 199), nos moldes a seguir reproduzidos.

“VOTO

Constato que o Auto de Infração foi lavrado com estrita obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99, bem como encontram-se os requisitos formais e materiais, suficientes e necessários, para surtir os efeitos jurídicos e legais da peça vestibular. Assim, a imputação está clara, detalhada de tal forma que permitiu ao sujeito passivo o exercício da ampla defesa, tendo sido respeitado o contraditório, haja vista que as partes foram cientificadas de todos os atos processuais e puderam se manifestar nos prazos legais para tal mister. Outrossim, foram fornecidas cópias do levantamento fiscal, o que permitiu ao defendente a análise do lançamento em sua inteireza, pelo que formulou cálculos e contestou os custos das mercadorias objeto da autuação.

O presente Auto de Infração exige ICMS em decorrência de a sociedade empresária ser beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, e engloba tanto o valor do ICMS de parcelas sob o regime de apuração normal do imposto (parcelas não incentivadas), quanto parcelas incentivadas cujos recolhimentos sofreram a dilação do prazo de pagamento.

O Decreto nº 8.205/02 aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constituiu o seu Conselho Deliberativo, no seu art. 1º reza que:

Art. 1º O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, tem por objetivos de longo prazo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, mediante diretrizes que tenham como foco:

- I - o fomento à instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais e à expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agro-industriais já instalados;*
- II - a desconcentração espacial dos adensamentos industriais e formação de adensamentos industriais nas regiões com menor desenvolvimento econômico e social;*
- III - a integração e a verticalização das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado;*
- IV - o desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias;*
- V - a interação da empresa com a comunidade em que pretenda atuar;*
- VI - a geração de novos produtos ou processos e redução de custos de produtos ou processos já existentes;*
- VII - prevenção dos impactos ambientais dos projetos e o relacionamento da empresa com o ambiente.*

Deste modo, restou autorizado que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo, prazo e percentual que serão definidos de acordo com as especificidades de cada beneficiário do DESENVOLVE, definidos em Resolução individual e particular.

A sociedade empresária em questão é beneficiária do Desenvolve, cuja atividade econômica é a fabricação de artefatos de material plástico para uso pessoal e doméstico, e encontra-se na Classe 1,00, com incentivo do Desenvolve de 90% para o pagamento do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias.

Verifico que a planilha de cálculo das infrações apontadas na peça vestibular encontra-se na fl. 07, acompanhada do resumo das infrações na fl. seguinte.

A Instrução Normativa SAT Nº 27 de 02/06/2009, para orientar os beneficiários do Programa Desenvolve dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Nesse sentido, traz as orientações relativas ao ajuste sobre o saldo devedor mensal do ICMS, em que operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa devem ser expurgadas, para o cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo.

O art. 2º desse instrumento normativo regula como deve ser apurado o saldo devedor passível de incentivo, com a seguinte fórmula:

SDPI = SAM - DNVP + CNVP, onde:

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

SAM = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado;

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado. (Redação dada pela Instrução Normativa SAT nº 50, de 25.10.2010, DOE/BA de 26.10.2010).

A seguir discrimina os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (DNVP), e de quais operações são decorrentes, bem como quais são os créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado, (CNVP), com seus respectivos CFOP – Código Fiscal de Operação.

Na infração 01, a defendente alega que, consoante o texto da IN 27/09, os créditos e os ressarcimentos de ICMS, códigos da NCM do grupo 1.600, são passíveis de exclusão do cálculo do SDPI, e assim afirma que procedeu na sua apuração, conforme planilha que anexa na defesa.

Também aponta o sujeito passivo, que as autuantes não observaram a proporcionalidade sobre o valor dos produtos industrializados fora do estabelecimento, como discrimina a IN 27/09.

Informa também que cometeu um erro de natureza formal, ao ter utilizado o código 1.949, que faz parte do grupo de CFOP 1.900, que também devem ser os créditos excluídos do cálculo do SDPI, mas, que este equívoco não tira a legitimidade do lançamento, nem pode prejudicar o contribuinte. Aduz que, apesar de tal falha,

cumpriu com todos os requisitos legais que legitimam o direito à exclusão do crédito, e seria improcedente a autuação.

Na informação fiscal, as autuantes reconhecem que ante a alegação do contribuinte, de que no levantamento fiscal não teria aplicado a proporcionalidade, sobre o valor dos produtos industrializados fora do estabelecimento, de acordo com o CFOP 1.124, lançado nas entradas, conforme determina a IN 27/09, item 6, o que lhe causou prejuízo, e por este motivo exclui os valores relativos a estas parcelas. Assim, as autuantes verificam que não haviam excluído do benefício fiscal a parcela referente ao valor acrescido por industrialização, efetuada fora do estabelecimento, calculada nos termos da Resolução 153/06, Decreto 8.205/2012, e corrigem os cálculos. Portanto, concordam que o contribuinte o fez regularmente em sua apuração.

O outro questionamento apresentado, pelo defendente, diz respeito à utilização de crédito recuperado. O autuado comprou óleo diesel – biodiesel, nos exercícios de 2008, 2009, 2010 e 2011, para utilização no processo produtivo, como identificaram as autuantes. Lançou em sua apuração como material de consumo e no ano de 2012, ora fiscalizado, buscou recuperar este crédito. O autuado emitiu notas fiscais de entrada como “outras entradas não especificadas”, apenas com o destaque do ICMS. Esclarecem as autuantes que, embora todas as notas fiscais se refiram a exercícios findos, o contribuinte não emitiu apenas uma nota fiscal. Ao contrário, a cada mês, emitiu uma nota fiscal com valor em torno de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) e lançou como recuperação de crédito, para abater no pagamento do ICMS não incentivado, sujeito a dilação.

Observam as autuantes, que se trata de óleo diesel, que foi utilizado no processo produtivo e que o crédito é vinculado ao projeto, e deve ser lançado na apuração do ICMS incentivado. De fato, tais parcelas estão previstas na IN 27/09, no item 2.2.20. “Entradas de combustíveis, derivados ou não de petróleo e lubrificantes 1.650 e 2.650, exceto as classificadas nos subitens 1.651, 2.651 (compra de combustível ou lubrificante para industrialização subsequente) e 1.658, 2.658 (transferência de combustível e lubrificante para industrialização)”.

Diante dessas constatações, as autuantes retificaram as planilhas relativas à infração 01, sendo que o valor encontrado de R\$ 126.228,59, supera o valor do ICMS originariamente exigido, no montante de R\$ 105.762,57, e o demonstrativo de débito assume a seguinte feição, como exposto na fl. 169.

O contribuinte, ao ser cientificado da informação fiscal, reclama que as autuantes não consideraram os créditos descritos equivocadamente, no CFOP 1.949, que correspondem a créditos extemporâneos e devem ser considerados na parcela não incentivada, nos termos da IN 27/09.

Também que a diferença encontrada deve-se ao fato de as auditoras terem acatado as alegações concernentes ao erro de lançamento do serviço de industrialização por terceiros.

Entendo que não assiste razão à sociedade empresária quanto aos créditos extemporâneos, posto que a IN 27/09 é clara quando explicita que os combustíveis utilizados no processo produtivo devem ter os créditos lançados na apuração do ICMS incentivado. Ademais, as planilhas de fls. 171 a 175, trazem a apuração do ICMS incentivado – nos meses relativos a esta infração, quais sejam, junho, julho, outubro, novembro e dezembro de 2012, com as devidas correções promovidas pelas autuantes.

Desse modo, a infração é procedente, mas limita-se ao valor originariamente exigido, de R\$ 105.762,57, sendo que a diferença apurada pelas autuantes deve ser exigida em novo Auto de Infração, conforme o demonstrativo de débito abaixo: [planilha de fl. 198].

Portanto, como no mês de ocorrência de 31/12/2012, foi detectado, pelas autuantes, que o valor exigível seria de R\$ 22.565,87, mas o valor da infração limita-se ao total R\$ 105.762,57, em novo Auto de Infração, deve ser exigida a diferença relativa ao mês de dezembro de 2012, no valor de R\$ 20.466,02.

Infração procedente.

A infração 02 exige ICMS por falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Ocorre que a empresa tem benefício fiscal, Desenvolve, e não recolheu o ICMS incentivado nos meses de agosto e setembro de 2012, por erro na apuração do ICMS incentivado, uma vez que utilizou 100% de crédito na apuração do ICMS dilatado.

Na planilha de fl. 07, consta a apuração do débito incentivado no mês de agosto/2012, no valor de R\$ 329.085,20. Deste valor foi abatido o montante de R\$ 88.662,06 relativo ao crédito pelas entradas e restou no saldo devedor do ICMS incentivado o valor de R\$ 240.423,14. Como nesse mês o sujeito passivo não recolheu o ICMS referente ao percentual de 10%, no prazo regulamentar, o saldo a recolher perfaz R\$ 240.423,14, valor ora exigido.

No mês de setembro a mesma planilha demonstra o valor do débito incentivado de R\$ 241.999,82 com o crédito pelas entradas de R\$ 56.386,43, do que resultou o saldo devedor incentivado de R\$ 185.613,39, sendo que o percentual de 10% não foi recolhido no prazo regulamentar. Dessa forma a exigência fiscal abarca todo o valor das saídas totais do mês de setembro/2012.

Desse modo restou comprovado que o sujeito passivo não recolheu o ICMS mensal relativo às parcelas não incentivadas, e lançou todas as saídas como incentivadas, no percentual de 100%, contrariando assim o Termo de Acordo celebrado com o Governo do Estado da Bahia.

Não foram apontados erros no levantamento fiscal, mantenho a autuação em sua inteireza. Infração procedente no valor de R\$ 426.037,53.

Por último não há lide com relação à infração 03, fica mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Com respaldo no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 210 a 215, no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando a Decisão de que recorre. Tal Decisão, segundo alega, considerou que houve erro no cálculo da parcela incentivada (SDPI) por parte do fiscalizado, uma vez que este deixou de nela incluir os créditos oriundos de compras de biodiesel ocorridas em exercícios anteriores ao auditado (2012).

Ambas as imputações decorrem da origem dos créditos utilizados por si na sistemática de apuração do ICMS relativo ao Programa DESENVOLVE. Entende o sujeito passivo que as autuantes incorreram em equívoco ao calcular o SDPI (saldo devedor passível de incentivo), na medida em que inseriram nessa rubrica créditos de entrada de biodiesel, que, em verdade, deveriam constar da parcela não sujeita ao benefício. Trata-se de recuperação de créditos não utilizados em períodos anteriores (2009 a 2011), não originários de aquisições mensais do produto. A Instrução Normativa nº 27/2009, no item 2.2.19, transcrito à fl. 212, determina serem créditos fiscais não vinculados ao projeto (CNVP) aqueles decorrentes de ressarcimentos.

Os referidos valores foram recuperados a título de outros créditos, na forma do art. 292, §§ 1º e 2º do RICMS-BA/2012, utilizando-se equivocadamente o CFOP nº 1.949 (outras entradas de mercadorias ou prestações de serviços não especificadas), quando o correto, na sua concepção, seria o nº 1.603 (ressarcimento de ICMS retido por substituição tributária), pois classificam-se neste último os ressarcimentos ao contribuinte substituído do ICMS-ST retido. Entretanto, o fato de ter utilizado o CFOP errado constitui vício meramente formal, que não invalida o seu procedimento, por se tratar de operações de exercícios anteriores.

Referindo-se especificamente à infração 2, sustenta que o que houve nos meses de agosto e setembro de 2012 foi que o contribuinte *"não teve ICMS incentivado a recolher, em função dos créditos das notas fiscais emitidas na forma do artigo 292 serem maiores do que o valor devido (...)"*.

Encerra pleiteando a reforma da Decisão de piso e o consequente provimento do Recurso.

VOTO

Uma vez que o recorrente tem direito a postergar o pagamento de 90% do saldo devedor passível de incentivo (SDPI), deve recolher mensalmente o percentual de 10% deste mesmo saldo, acrescido dos débitos não vinculados ao projeto, que, no caso concreto, decorrem apenas do ICMS - diferença de alíquotas (coluna DIFAL de fl. 07).

De acordo com o que as autuantes muito bem explicaram à fl. 169, em sede de informação fiscal, o contribuinte adquiriu biodiesel entre 2009 e 2011 para utilização no processo produtivo, mas nestes exercícios lançou tais operações como entradas de materiais de uso e consumo.

Tendo percebido o equívoco relativo ao exercício fiscalizado (2012), emitiu notas para a recuperação do crédito, com o destaque do imposto, a título de *"Outras Entradas não Especificadas"*. Ao invés de elaborar um só documento ou nota fiscal (NF) para registrar o valor respectivo, confeccionou, a cada mês, uma NF com créditos de cerca de R\$ 30.000,00 cada (trinta mil reais; vide campos denominados *"Outros Créditos"* de fls. 14 a 19, 61, 78, 98 etc.), escriturou como recuperação de crédito e não os incluiu no cálculo do saldo devedor passível do incentivo do Programa Desenvolve (SDPI).

Afirmam as auditoras, com razão, que, *"com esse expediente, pagou menos em alguns meses*

(infração 01), e não pagou nada em outros dois meses (infração 02)".

Observe-se, por exemplo, à fl. 78, que o apelante apurou a cifra de R\$ 9.025,20 em julho de 2012, consignada como imposto recolhido na penúltima coluna do demonstrativo fiscal de fl. 07. Todavia, não computou nas entradas do período, grafadas em verde, o valor de R\$ 34.911,00, relativo às aquisições do combustível biodiesel. Tal equívoco foi corrigido pelas autuantes na coluna "ICMS ENTRADAS - TOTAL" de fl. 07 (levantamento fiscal; R\$ 80.084,95 = R\$ 45.126,07 + R\$ 47,88 + R\$ 34.911,00). Os montantes de R\$ 45.126,07 e R\$ 47,88 já haviam sido apurados pelo próprio contribuinte à fl. 78, tendo as auditoras, simplesmente, somado R\$ 34.911,00, cifra que, como dito, refere-se às entradas de biodiesel.

Nos termos da Instrução Normativa nº 27/2009, que se destina a orientar os contribuintes nos cálculos relativos ao Programa, deverão ser expurgadas da apuração do valor mensal do saldo devedor passível do incentivo da dilação de prazo para pagamento (SDPI) tão somente as operações e prestações não vinculadas ao projeto, entre as quais, para o beneficiário recorrente, não se incluem as compras de biodiesel.

O sujeito passivo, em sede de impugnação, havia reclamado do fato de a Fiscalização, no cálculo do SDPI (saldo devedor passível de incentivo), não ter levado em consideração a proporção dos produtos industrializados fora do estabelecimento (penúltimo parágrafo de fl. 168). Feita a revisão na planilha de fl. 169, chegou-se a um montante a pagar maior do que o autuado, motivo pelo qual a JJF, acertadamente, solicitou que fosse efetuada uma outra auditoria para lançar a diferença.

Tenho como correta a Decisão de primeiro grau, uma vez que o essencial, no sentido de determinar se o crédito vai ou não fazer parte da apuração do saldo devedor passível de incentivo é a sua natureza (vinculada ou não vinculada ao projeto), e não o momento em que foi lançado. Caso contrário, restaria desnaturado todo o mecanismo de apuração do Programa Desenvolve.

Ao contrário do que foi alegado no Recurso, quem está a privilegiar a forma em detrimento da verdade material é o autuado, pois o biodiesel não deixará de ser vinculado ao projeto caso a sua aquisição seja escriturada com outro CFOP.

Na hipótese de prevalecer a equivocada tese defendida pelo recorrente, independentemente dos códigos (CFOPs) sob os quais sejam registradas as operações, bastaria, para diminuir ou até mesmo eliminar os valores de imposto a pagar na sistemática do Programa Desenvolve, a cada mês, deixar de escriturar o crédito respectivo para fazê-lo somente no mês seguinte, expurgando-o indevidamente da apuração do montante que deve ser recolhido ao Erário.

Mantida a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108595.0007/15-8**, lavrado contra **SOL EMBALAGENS PLÁSTICAS - EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$775.237,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de agosto de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS