

PROCESSO - A. I. Nº 281082.0024/12-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VALFILM NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDOS - VALFILM NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 128-03/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/11/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0254-11/16

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. A Resolução 26/06 prevê o diferimento nas aquisições de bens para o ativo imobilizado ao estabelecimento beneficiário do Programa Desenvolve. Mantida a Decisão pela improcedência da infração. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Diligência fiscal comprovou e excluiu mercadorias que são utilizadas no processo produtivo, reduzindo o valor do débito. Mantida a Decisão pela procedência parcial da infração. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO. Diligência fiscal excluiu produtos que são industrializados, o que implicou na redução do valor do débito. Mantida a Decisão pela procedência em parte da infração. 3. DESENVOLVE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO DE RECOLHIMENTO. Demonstrativos refeitos pelo autuante reclassificou os créditos fiscais de operações com matérias primas adquiridas para industrialização. Refeito o cálculo do ICMS devido com aplicação do benefício fiscal do Programa do Desenvolve em conformidade com as orientações contidas na IN 27/09. Mantida a Decisão pela procedência parcial da infração. 4. MULTA PERCENTUAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL, NA AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS TRIBUTADAS NORMALMENTE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Comprovado que as mercadorias relacionadas no levantamento fiscal foram destinadas a industrialização do estabelecimento autuado. Incabível a aplicação da multa pelo não recolhimento do imposto relativo à antecipação parcial. Mantida a Decisão que julgou improcedente a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0128-03/16, por ter desonerado o sujeito passivo do débito total das infrações 1 e 5 (improcedentes) e parte do débito relativo às infrações 2, 3 e 4 (procedentes em parte), consoante

determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, com base no art. 169, I, “b”, do citado Regulamento, referente a infração 4 (procedente em parte).

O Auto de Infração, lavrado em 18/12/12, acusa o cometimento de cinco infrações totalizando R\$1.124.683,26, em decorrência de:

1. *Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento (2009) - R\$26.637,78, acrescido da multa de 60%.*
2. *Utilização indevida de crédito de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Consta na descrição dos fatos “Bem como mercadorias adquiridas para o ativo imobilizado, classificadas erroneamente como aquisições para industrialização, conforme Anexo II.” (2009, 2010 e 2011) - R\$33.122,88, acrescido de multa de 60%.*
3. *Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, e destinadas a consumo do estabelecimento (2009, 2010 e 2011) - R\$18.547,88, e acrescido da multa de 60%;*
4. *Recolhimento a menos ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE (2009, 2010 e 2011). Consta na descrição dos fatos, que “Por ter incluído no cálculo do DESENVOLVE operações não sujeitas ao benefício fiscal, contrariando a legislação específica, em especial a IN 27/09, conforme Demonstrativos (Desenvolve - Anexo III; Preços e Alíquotas Médias - Anexo IV e de Entradas de Mercadorias P/Revenda e o Respectivo Débito - Anexo V) - R\$848.621,26, e acrescido da multa de 60%.*
5. *Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente (2009, 2010 e 2011). Multa de 60%, perfazendo o valor total de R\$197.753,46.*

Na Decisão proferida (fls. 810 a 825) a 3ª JF inicialmente afastou as nulidades suscitadas, fundamentando que o Auto de Infração descreve com clareza as infrações, base de cálculo, com suporte em demonstrativos e provas, inclusive por meio de diligências realizadas, inexistindo vícios formais. Passou ao exame de mérito das infrações:

A infração 01 imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

O impugnante refutou a acusação fiscal sob o fundamento de que é beneficiário do Programa Desenvolve e possui Certificado de Habilitação de Diferimento desde 18/08/2008, cuja cópia colaciona à fl. 148, e cita a previsão do benefício contemplada no inciso I, do art. 2º, do Dec. 8.205/02.

Ao prestar informação fiscal o autuante asseverou que, de acordo com a Resolução do Desenvolve nº 26/2006 que instituiu o benefício, não consta dentre os benefícios concedidos o diferimento do diferencial de alíquotas nas aquisições interestaduais para o ativo imobilizado. Assegurou que o Certificado de Habilitação apresentado na impugnação trata somente de habilitação para importações de insumo e ativo imobilizado, não se aplicando nas operações em questão.

Depois de examinar os elementos coligidos nos autos em torno desse item constato que assiste razão o autuado, tendo em vista que ao compulsar a Resolução nº 26/2006, verifico que efetivamente consta em seu teor o benefício de diferimento nas aquisições de bens para o ativo imobilizado. Do mesmo modo, o art. 2º, inciso I, do Dec. 8.205/02 prevê o diferimento nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, tanto internamente, como importados. Como o autuado também possui o Certificado Habilitação de Diferimento, fl. 609, deve prevalecer, a fruição do benefício expressamente constante da Resolução que concede o diferimento do ICMS.

Assim, resta descaracterizada o item 01 da autuação.

As infrações 02 e 03 tratam, respectivamente, da utilização indevida de crédito fiscal e da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da federação, e destinadas a consumo do estabelecimento. A exigência decorre das mesmas operações e notas fiscais discriminadas no demonstrativo “Anexo II - Crédito Indevido e Respectiva Difal”, fls. 18 e 19.

Em sede defesa, o impugnante somente acolheu as operações relativas à aquisição de Cesta de Natal, aduziu que os demais itens do levantamento fiscal são materiais de embalagens, frete de embalagem.

O autuante reconheceu assistir razão ao autuado no que diz respeito aos itens arrolados no levantamento

identificado como “Débito Direto” e “Selo para Fita” e manteve as demais exigências sob o fundamento de que os Pallets não são materiais de embalagens, pois, pertencem ao ativo fixo e são retornáveis.

Em pauta suplementar, esta JJF converteu os autos em diligência para que diligente designado pela ASTEC, promovesse a identificação, in loco, da utilização pelo autuado dos Pallets e do item Frete SEDEX, constantes do levantamento fiscal.

Em sua conclusão, o diligente apurou que, efetivamente, os Pallets são utilizados como material de embalagem e integram o produto vendido, comprovando, inclusive, com arrimo na escrituração contábil do autuado. Esclareceu também as circunstâncias que envolveram as notas fiscais de devolução de Pallets apontadas pelo autuante como comprovação de que esse item pertencia ao ativo fixo do autuado. Demonstrou também a diligente que o item “Frete de SEDEX”, encontrava-se indevidamente arrolado no levantamento fiscal por equívoco, pois, restou comprovado a legitimidade da utilização do crédito fiscal referente à frete sobre SEDEX e que o autuado registrou corretamente em sua escrita fiscal.

Assim, depois compulsar todos os elementos coligidos em torno dessas infrações, precipuamente o resultado da diligência da ASTEC, constato que a quase totalidades dos itens arrolados no levantamento fiscal é constituída de material de embalagem, e que por isso, devem ser excluídas essas operações da apuração do débito, remanescendo, tão-somente, o item Cesta de Natal que resulta na redução da exigência para R\$546,48 - infração 02 e R\$780,68 - infração 03 no mês de dezembro de 2010, fl. 19.

Logo, restam parcialmente subsistentes as infrações 02 e 03.

Quanto à infração 04 imputa a defendente o recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, conforme apuração discriminadas nas planilhas “Anexo III - Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, fl. 20 e “Anexo IV - Entradas de Mercadorias p/ Revenda e Respetivo Débito” fls. 106 a 119.

Em sede defesa, o autuado refutou a acusação fiscal esclarecendo que o produto PELÍCULAS PE STRETCH TPT não é adquirido para revenda, informando que todas as aquisições são processadas sofrendo transformação em suas espessuras, largura e comprimento.

O autuante manteve a autuação sustentando que existem operações com esse produto cuja saída do estabelecimento ocorrera sem qualquer transformação, exemplificando com notas fiscais de saídas correlacionadas com notas fiscais de entradas cujas vendas chegam a vir personalizadas com o nome do futuro destinatário.

Diante da divergência instalada, a 3ª JJF, converteu os autos em diligência para a ASTEC /CONSEF-SEFAZ, solicitando que fosse intimado o defendente a comprovar de forma inequívoca que todas as aquisições do produto PELÍCULAS PE STRETCH TPT, único item arrolado no levantamento fiscal atinente às infrações 04 e 05, são todas submetidas ao seu processo produtivo, ou seja, a alegada não ocorrência, no período fiscalizado, de qualquer saída do aludido produto revendido sem sofrer transformação.

O Parecer nº 124/13 da ASTEC que consubstanciou o resultado da diligência concluiu categoricamente - depois de examinar in loco o processo produtivo do autuado e de examinar as notas fiscais de entradas e de saídas do período fiscalizado - que as películas passam por transformações industriais quando ingressam no estabelecimento do autuado. Enfatizou ainda a diligente em seu opinativo que, à luz do §5º do art. 2º do RICMS-BA/97, as operações arroladas no levantamento fiscal se enquadram no conceito de industrialização.

Entendo que não deve prevalecer a ponderação do autuante de que algumas notas fiscais já ingressavam no estabelecimento autuado com o nome do futuro destinatário, tendo em vista que o levantamento realizado pela diligente, com base no exame realizado no processo produtivo do estabelecimento fabril e na documentação fiscal correspondente apresentada pelo impugnante não identificou quaisquer saídas de mercadorias que não tivessem sido submetidas ao processo industrial do autuado no período fiscalizado.

Considerando o julgamento em Segunda Instância deste pela 1ª CJF através do Acórdão CJF Nº 0411-11/14 que anulou a Decisão desta 3ª JJF - Acórdão JJF Nº 0064-03/14 e fez retornar os autos para novo julgamento de piso, os autos foram convertidos em diligência, fl. 789, para que o autuante: i) prestasse informação abrangendo todos os aspectos abordados pelo impugnante a respeito dos créditos e débitos não vinculados ao projeto, fls. 141 e 142, da defesa e reafirmados no Recurso Voluntário, fls. 755 e 756, e, caso necessário, efetuasse os ajustes cabíveis; ii) elaborasse novo “Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, - Anexo III, fl. 20, considerando que as PELÍCULAS PE STRECHT TPT foram também industrializadas pelo autuado, ou seja, excluindo do demonstrativo as colunas, “Revenda de Mercadorias com CFOP 5.101 ou 6.101”, “Aquisições de Produto Acabado com CFOP 1.101 ou 2.101”, e quaisquer outras operações com PELÍCULAS PE STRECHT TPT que tenham sido consideradas como produto acabado.

O autuante apresentou o resultado da diligência esclarecendo que todos os valores constantes das colunas: DIFAL, REVENDA DE MER. CFOP 5.102, DEVOLUÇÃO DE COMPRA MAT. USO E CONSUMO CFOPs

5.568 ou 6.556, OUTRA SAÍDA DE MERC. NÃO ESPECIFICADA CFOPs 5.949 ou 6.949, REVENDA DE MERC. CFOP 6.102 e VEND. BEM DO ATIVO IMOBILIZADO, constantes do Anexo III - Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, fl. 20, que apurou o débito da infração 04 foram todos extraídos do próprio livro Registro de Apuração do ICMS do autuado, conforme cópia anexada em meio magnético. Sustentou não merecer guarida a alegação do impugnante de que desconhece os valores incluídos no referido Anexo.

Depois de mencionar a forma clara como a Instrução Normativa nº 27/2009 identifica a exclusão dos valores para o cálculo do DNVP e CNVP na apuração do DESENVOLVE, o autuante observou que, ao alegar que as rubricas “DIFAL”, “DEVOLUÇÃO DE COMPRA MAT. USO CONSUMO”, CFOP 5.556 e 6.556 não causam qualquer efeito no cálculo do DESENVOLVE, o defendente demonstra seu total desconhecimento do cálculo do benefício.

Em relação à solicitação constante do item 02 do pedido de diligência, para exclusão das operações constantes das colunas, “Revenda de Mercadorias com CFOP 5.101 ou 6.101”, “Aquisições de Produto Acabado com CFOP 1.101 ou 2.101” informou que elaborou novo “Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, fl. 797, e CD à fl. 799, contemplando a exclusão, que resultou diminuição do valor de débito originalmente lançado para R\$719.210,57.

Depois de compulsar os elementos carreados aos autos em decorrência da diligência atendida pelo autuante, cujo teor foi dado vistas ao defendente, fls. 801 e 805, que não se manifestou no prazo regulamentar, constato que assiste razão ao autuante em seus argumentos articulados e comprovados em sua conclusão.

É patente que a Instrução Normativa nº 27/2009, ao disciplinar a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, enumera, de forma inequívoca, todas as operações que integram o cálculo do DNVP - débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado e o CNVP - créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.

Verifico que os valores das operações que remanescem no “Anexo III Demonstrativo de Apuração do Desenvolve”, fl. 797, foram obtidos da escrituração fiscal do autuado do livro RAICMS e correspondem exatamente aos itens previstos na IN 27/2009, in verbis:

DNVP:

2.1.1. Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros - 5.102 e 6.102;

2.1.20. Operações com bens de ativo imobilizado e materiais para uso ou consumo - 5.550 e 6.550;

2.1.23. Outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços - 5.900 e 6.900 (exceto dos códigos 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911 quando os produtos estiverem vinculados ao investimentos constantes do projeto aprovado);

2.1.24. Débitos de Diferença de alíquotas;

CNVP:

2.2.21. Outras entradas de mercadorias ou aquisições de serviços -1.900 e 2.900 (exceto dos códigos 1.910, 1.911, 2.910 e 2.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado).

Assim, resta evidenciado que os demonstrativos com o detalhamento apresentados pelo autuado em sede defesa, fls. 158 a 384, sem qualquer esclarecimento ou indicação da base legal adotada, refletem, tão-somente, o seu entendimento [sem qualquer convergência com a IN Nº 27/2] de que as parcelas por ele não consideradas não produzem efeito no cálculo do Desenvolve. Logo, não há como prosperar a sua pretensão, haja vista que as operações constantes do novo demonstrativo elaborado pelo autuante correspondem exatamente aos CFOPs previstos na IN Nº 27/2009, e devem, efetivamente, compor a apuração do DNVP e do CNVP. Portanto, é descabida a alegação da defesa de que as operações arroladas no levantamento fiscal não entram no cálculo do Desenvolve.

Nesses termos, com a exclusão das colunas, “Revenda de Mercadorias com CFOP 5.101 ou 6.101”, “Aquisições de Produto Acabado com CFOP 1.101 ou 2.101”, acolho os valores apurados na conclusão da diligência que reduz o valor do débito para R\$719.210,60.

Concluo que o item 04 da autuação afigura-se parcialmente caracterizado, consoante discriminado no demonstrativo acostado à fl. 797.

A infração 05 exige multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

As mercadorias arroladas no demonstrativo de débito desse item da autuação são as mesmas que deram origem às exclusões procedidas na infração 04.

Logo, comprovado que não se tratam de mercadorias para comercialização, e sim, para transformação industrial, não há como prosperar a acusação fiscal, eis que, somente se aplica a multa prevista no inciso II, alínea “d” do art. 42 da Lei 7.014/96, quando descumprido o art. 352-A do RICMS-BA/97, ou seja, antecipação parcial que somente vigora nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização.

Nesses termos, é insubsistente o item 05 da autuação.

Por tudo o quanto expendido, concluo pela caracterização parcial da autuação nos termos discriminados.

COMPARATIVO DE DÉBITO			
INFR	A. I.	JULGAMENTO	
01	26.637,78	0,00	IMPROCEDENTE
02	33.122,88	546,48	PROC. PARTE
03	18.547,88	780,68	PROC. PARTE
04	848.621,26	719.210,60	PROC. PARTE
05	197.753,46	0,00	IMPROCEDENTE
TOTAIS	1.124.683,26	720.537,76	

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 1, do RPAF/BA.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 837/850), o sujeito passivo comenta que inicialmente apresentou defesa relativa às cinco infrações, tendo a 3ª JJF julgado Procedente em Parte, conforme Acórdão JJF 0064-03/14 (fls. 727 a 740), cuja Decisão foi anulada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, de acordo com o Acórdão CJF 0411-11/14 (fls. 767 a 772), com reexame apenas da infração 4, que ora é apenas contestado.

Comenta o julgamento anterior, cuja Decisão foi anulada em razão de não ter sido apreciada à documentação apresentada, implicando em cerceamento ao direito de defesa do Sujeito Passivo.

Ressalta que na defesa apresentada procurou demonstrar a metodologia da apuração do benefício do Desenvolve (infração 4), para comprovar a regularidade dos procedimentos adotados, o que considera aspecto essencial, dado os documentos (DOC. 09 ao DOC. 44 da defesa).

No mérito, quanto à infração 4, afirma que os demonstrativos utilizados como memória de cálculo “nunca apreciados pela 3ª JJF”, motivo pelo qual repete a apresentação detalhada dos 36 meses de apuração do benefício fiscal do Desenvolve, junto com as cópias do livro RAICMS.

Argumenta que em seguida depura os dados de quatro meses, para desconstituir a afirmação prestada do autuante na diligência fiscal (fl. 795) de:

“desconhecer completamente a inclusão dos valores incluídos (sic) no Anexo III, sob denominações de DIFAL, REVENDA DE MERC, CFOP 5102, DEVOLUÇÃO DE COMPRA MAT. USO E CONSUMO CFOP 5556 OU 6556, OUTRA SAÍDA DE MERC. NÃO ESPECIFICADA CFOP 5949 E 6949, REVENDA DE MERCADORIAS CFOP 6102 E VEND. BEM DO ATIVO IMOBILIZADO, não merece guarita (sic), pois os valores foram extraídos do próprio Livro Registro de Apuração de ICMS do autuado apresentado, conforme cópia do livro anexo em meio magnético”.

Afirma que utilizando os dados do livro RAICMS, depuração dos dados nos meses de janeiro/09, junho/10 e março e dezembro/11, para provar a regularidade dos seus procedimentos, **com relação a débitos e créditos fiscais considerados no cálculo dos valores beneficiados**, relativo a Débitos e Créditos Não Vinculados ao Projeto (DNVP e CNVP), de acordo com a IN SAT 27/09.

Afirma que conforme cópias do livro RAICMS (fls. 851/855), do mês de JANEIRO/2009, **apurou o benefício fiscal do Desenvolve utilizando os seguintes dados:**

- DÉBITOS FISCAIS CONSIDERADOS	R\$ 787.704,36
- CRÉDITOS FISCAIS CONSIDERADOS	R\$ 77.042,82
- DIFERENÇA	R\$ 710.661,54
- PARCELA DILATADA (90%)	R\$ 639.595,39

- Débitos fiscais JAN/2009		Creditos fiscais	
Considerados no cálculo	Não vinculados ao projeto (DNVP)	Considerados	Não vinculados (CNVP)

5.101	R\$ 64.515,67	5.102	R\$ 2.542,33	1.101	R\$ 11.055,78
6.101	R\$ 636.339,88	5.556	R\$ 116,56	1.252	R\$ 28.462,49
6.118	R\$ 1.890,79	5.949	R\$ 2.103,75	1.352	R\$ 357,50
6.917	R\$ 84.958,02	6.911	R\$ 26,83	2.101	R\$ 31.311,36
TOTAL	R\$ 787.704,36	TOTAL	R\$ 4.789,47	2.201	R\$ 5.270,59
				2.352	R\$ 585,10
				TOTAL	R\$ 77.042,82

- Soma dos débitos fiscais considerados no cálculo e dos DNVP (vide consistência no DOC 01-A, anexo): R\$ 787.704,36 + R\$ 4.789,47 = R\$ 792.493,83.

- Créditos Fiscais Não Vinculados ao Projeto – CNVP (DOC 01-B, anexo): 1.949 R\$ 2.103,75

- Soma dos créditos fiscais considerados no cálculo e dos CNVP (vide consistência no DOC 01-B): R\$ 77.042,82 + R\$ 2.103,75 = R\$ 79.146,57

OBSERVAÇÕES:

Apresentados os detalhes relativos à escrituração fiscal de janeiro de 2009, é essencial ressaltar a comprovação de que o autuado:

1 – não incluiu nenhuma parcela de Diferença de Alíquotas (DIFAL) nos cálculos relacionados com os benefícios do Desenvolve;

2 – de igual modo, não incluiu os débitos fiscais relativos à REVENDA DE MERCADORIAS, CFOP 5.102, como débitos considerados, mas, ao contrário, como DNVP;

3 – de igual modo, não incluiu débitos fiscais relativos a DEVOLUÇÃO DE COMPRA MAT. USO E CONSUMO, CFOP 5.556 ou 6.556 (vide DOC. 01-A, anexo);

4 – de igual modo, não incluiu débitos fiscais relativos à OUTRA SAÍDA DE MERC. NÃO ESPECIFICADAS, CFOP 5.949, como débitos considerados, mas, ao contrário, como DNVP;

5 – por fim, de igual modo, não incluiu entre os créditos considerados OUTRA ENTRADA DE MERC. NÃO ESPECIFICADAS, CFOP 1.949 e 2.949, mas, ao contrário como CNVP, conforme pode ser comprovado/constatado no DOC. 01-B, anexo.

Em seguida apresentou às fls. 843 a 848, dados relativos aos meses de junho/10, março/11 e dezembro/11, nos mesmos moldes do apresentado com relação ao mês de janeiro/09 e diz que o detalhamento exemplificativo corresponde a mais de 10% dos 36 meses autuados e que já foram apresentados na defesa inicial (fls. 44 a 158), requerendo que seja apreciado neste Recurso.

Afirma que os dados apresentados estão em conformidade com o demonstrativo de fl. 797, requer a realização de diligência fiscal por estranho ao feito para confirmar a regularidade da apuração dos valores relativos ao benefício fiscal do DESENVOLVE, ao teor do art. 145 do RPAF/BA.

Por fim, afirma que de acordo com o que foi apresentado, apurou corretamente o ICMS devido contemplado com os benefícios fiscais do Desenvolve e requer a improcedência da infração 4.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício relativo à desoneração total das infrações 1 e 5 julgadas na primeira instância Improcedentes e em Parte das infrações 2, 3 e 4, bem como de Recurso Voluntário contra a Decisão no que se refere à infração 4.

Inicialmente cabe apreciar o Recurso de Ofício.

No tocante a infração 1 (diferença de alíquotas/ativo fixo), o sujeito passivo argumentou que sendo beneficiário do Programa Desenvolve está contemplado com o diferimento na aquisição de bens do ativo o que foi contestado pela fiscalização.

Conforme fundamentado na Decisão ora recorrida a Res. 26/06 contempla o benefício de diferimento nas aquisições de bens para o ativo imobilizado, nos termos do art. 2º, I, do Decreto nº 8.205/02, o que foi referendado com Certificado Habilitação de Diferimento nº 5989.000-2 acostados às fls. 148 e 609.

Pelo exposto, a descaracterização da infração 1 está fundamentada em direito líquido e certo do sujeito passivo e deve ser mantida.

Relativamente às infrações 2 e 3 (crédito indevido e diferença de alíquotas/uso ou consumo), na defesa o sujeito passivo reconheceu a exigência fiscal relativa à aquisição de Cesta de Natal.

Alegou que partes das mercadorias adquiridas são destinadas a embalagens, inclusive o frete, e indevida a exigência, o que foi reconhecido pela fiscalização e afastado pela 3ª JJF.

Quanto à aquisição de *Pallets*, a fiscalização entendeu configurar bem do ativo fixo.

Em diligência realizada pela ASTEC, foi confirmado que os *pallets* são utilizados como “*material de embalagem e integram o produto vendido*”, a exemplo da fotografia acostada à fls. 150 e contabilização (fl. 645), bem como da constatação de que há exceção na utilização deste produto no acondicionamento de tubetes de papelão destinado a empresa Sonoco, que dão retorno ao estabelecimento e são contabilizados como bens de ativo.

Quanto à utilização do crédito de “Frete de SEDEX” a diligente confirmou que foi contratado para transporte de fita dupla face consignada na Nota Fiscal nº 21164 (fl. 694)

Pelo exposto, restou comprovado que estes materiais foram adquiridos para utilização como embalagem e correta a utilização dos créditos fiscais correspondentes e indevidas a exigência do diferencial de alíquota, como decidido pela 3ª JJF. Remanesce a exigência relativa à Cesta de Natal, com valor devido de R\$546,48 na infração 2 e R\$780,68 na infração 3 (fl. 19).

No tocante à infração 4 (erro na apuração da parcela sujeita a dilação de prazo/Desenvolve), foi alegado que o produto PELÍCULAS PE STRETCH TPT não foi adquirido para revenda.

Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF confirmou que as películas adquiridas são fracionadas e rebobinadas, embaladas e comercializadas (fl. 635), conforme fotografias acostadas às fls. 704 a 714.

Assim sendo, restou comprovado que o produto PELÍCULAS PE STRETCH TPT adquirido pelo estabelecimento autuado é submetido ao seu processo produtivo (art. 2º, § 5º do RICMS/97), e correto o refazimento do cálculo do ICMS-Desenvolve feito pelo autuante, que foi acolhido na Decisão ora em reexame, considerando as aquisições como matéria prima e não de mercadorias adquirida para revenda (CFOP 1.101 ou 2.101), o que resultou na redução do débito de R\$848.621,26 para R\$719.210,57.

Relativamente à infração 5 (multa percentual/antecipação parcial), a exigência fiscal recai sobre às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com “*fins de comercialização*”, registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Conforme apreciado na Decisão proferida pela 3ª JJF, as mercadorias objeto desta infração, relacionadas nos demonstrativos de fls. 120 a 130, são as mesmas que foram excluídas na infração 4, ou seja, PELÍCULAS PE STRETCH TPT, que conforme apreciado anteriormente, não foram adquiridas para comercialização e sim, para industrialização.

A multa prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 se aplica quando o contribuinte submetido ao regime normal de apuração do ICMS deixar de recolher a antecipação parcial no prazo normal relativo a mercadorias adquiridas para comercialização e dê saída posterior tributada normalmente (art. 352-A do RICMS-BA/97), fato que não ocorreu na situação presente, visto que as mercadorias foram destinadas a industrialização.

Portanto, correta a Decisão, pela Improcedência da infração 5.

Por tudo que foi exposto, Não dou Provimento ao Recurso de Ofício interposto pela 3ª JJF.

Quanto ao Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, que se insurge apenas com relação à infração 4, observo que o sujeito passivo suscitou a nulidade da Decisão proferida no Acórdão JJF 0064-03/14 (fls. 727 a 740), a qual foi anulada por esta 1ª CJF no Acórdão CJF 0411-11/14 (fls. 767

a 772), em razão de não ter sido apreciada a documentação apresentada na defesa inicial.

Portanto, considero que foi saneada a irregularidade processual que implicou em cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, com a nova Decisão proferida no Acórdão JF 0128-03/16 (fls. 810 a 825), motivo pelo qual passo a apreciar as razões de mérito.

Quanto ao pedido de realização de diligência fiscal por estranho ao feito, para confirmar a regularidade da apuração dos valores apurados, fica indeferido, nos termos do art. 147, I, "b" do RPAF/BA, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos são de posse do requerente e cuja prova foram juntados aos autos, e serão apreciados quando da análise das razões de mérito, o que passo a fazê-lo.

No mérito, o recorrente reapresenta demonstrativos utilizados na apuração do cálculo do valor apurado na dilação do prazo do benefício fiscal do Desenvolve e cópias do livro RAICMS, e afirma que os mesmos não foram apreciados na Decisão proferida na primeira instância.

Nos demonstrativos apresentados às fls. 845/849, foi detalhado de forma analítica os montantes de créditos fiscais escriturados no livro RAICMS e utilizados na apuração do ICMS-Desenvolve nos meses de janeiro/09, junho/10 e março e dezembro/11.

Tomando como base o mês de janeiro/09 e a cópia do livro RAICMS acostado às fls. 852 a 855, confrontado com a apuração feita pelo autuante no demonstrativo refeito de fl. 797 e do detalhamento feito pela empresa às fls. 841 a 843, constato que:

- a) No demonstrativo refeito pela fiscalização à fl. 797, foi considerado os créditos fiscais e débitos fiscais relativos a operações com o produto PELÍCULAS PE STRETCH TPT, como produto industrializado e não de mercadoria adquirida para revenda como foi feito no demonstrativo original à fl. 20.
- b) Como apreciado na Decisão, a classificação de Débitos e Créditos Não Vinculados ao Projeto (DNVP e CNVP), para apuração do benefício fiscal da apuração do Saldo Devedor Passivo de Incentivo do Programa Desenvolve (SDPI) foi feito em conformidade com a orientação contida na Instrução Normativa SAT 27/09 e cópia do livro RAICMS (fl. 852).

Portanto, o demonstrativo de apuração do ICMS Desenvolve (fl. 797), foi refeito em obediência a determinação feita pela 3ª JF, com base na orientação contida na IN 27/09, classificando:

2 – O saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE será apurado pela seguinte fórmula:

SDPI = SDM - DNVP + CNVP, onde:

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

SDM = saldo devedor mensal do ICMS a recolher;

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado;

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.

Na situação presente, foram utilizados nos cálculos, débitos e créditos vinculados e não vinculados ao projeto levando em consideração os Códigos Fiscais de Operações (CFOP), relacionados na citada Instrução Normativa nº 27/09.

DNVP:

2.1.1. Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros - 5.102 e 6.102;

2.1.20. Operações com bens de ativo imobilizado e materiais para uso ou consumo - 5.550 e 6.550;

2.1.23. Outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços - 5.900 e 6.900 (exceto dos códigos 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado);

2.1.24. Débitos de Diferença de alíquotas;

CNVP:

2.2.21. Outras entradas de mercadorias ou aquisições de serviços - 1.900 e 2.900 (exceto dos códigos 1.910, 1.911, 2.910 e 2.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto

aprovado).

Assim sendo, constato que os cálculos relativos aos meses em que foi exigido o ICMS DESENVOLVE, foram feitos obedecendo ao disposto na Instrução Normativa nº 27/09 (fl. 797).

Logo, os valores apresentados pelo recorrente e classificados como DNVP e CNVP consignado nos demonstrativos apresentados às fls. 841 a 848, refletem efetivamente a débitos e créditos vinculados ao projeto aprovado, não só nos meses exemplificados (janeiro/09, junho/10 e março e dezembro/11), como também em todo o período fiscalizado (janeiro/09 a dezembro/11).

Entretanto o saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE (SDPI) é apurado a partir do saldo devedor mensal do ICMS a recolher (SDM), deduzido dos débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (DNVP) e acrescido dos créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (CNVP).

No mês de Janeiro/09, que foi exemplificado pela empresa, a apuração do SDPI por ela foi feito levando em consideração apenas os créditos e débitos vinculados ao projeto. Por sua vez, no demonstrativo elaborado pela fiscalização foram acrescentados ao SDM (R\$694.779,03 conforme escriturado no livro RAICMS à fl. 855), conforme demonstrativo refeito de fl. 797 os DNVP com valores R\$797,55 relativo à diferença de alíquota com CFOP 5.550 e 6.550 (item 2.1.20 da Instrução Normativa nº 27/09); de R\$2.242,33, relativo às operações com o CFOP 5102 (venda de mercadorias adquiridas de terceiros, item 2.1.1 da Instrução Normativa nº 27/09); R\$116,56 com CFOP 5.556 (devolução de materiais de uso/consumo, item 2.1.20); R\$2.103,75, classificado como outros CFOP 5949 (Outras saídas de mercadoria, item 2.1.23), totalizando R\$5.660,19.

Na assentada do julgamento o patrono do autuado apresentou planilha própria no qual indicou valores do CNVP de R\$19.365,78 (jan/09); R\$15.672,09 (jun/10); R\$23.100,96 (mar/11) e R\$16.687,30 (dez/11), que se trata de crédito fiscal de operações de prestação de serviço de transporte, devidamente escriturada no livro RAICMS.

Pela análise dos elementos constantes do processo, constato que estes valores foram escriturados no livro RAICMS, (fls. 854, 874 e 900), como créditos por entradas com crédito do ICMS pago em decorrência de substituição tributária, na qualidade de contribuinte substituto.

Assim sendo, na planilha apresentada na sessão de julgamento, o recorrente incluiu estes valores como CNVP, entretanto não foi provado que as operações de transporte não estão vinculadas a operações pertinentes a atividade industrial, visto que o item 2.2.12 prevê que deve ser classificada no CNVP apenas as operações com os CFOP 1.350 e 2.350, exceto os classificados nos CFOP 1.352 e 2.352 que tratam de operações de transporte *“aquisições de serviços de transporte utilizados por estabelecimento industrial”*.

Como não foi provado que os créditos fiscais lançados no livro RAICMS relativo à aquisição de serviço de transporte, não estão vinculados a atividade de industrialização realizada pela empresa (CNVP), entendo que foi correto a consideração pela fiscalização como créditos vinculados ao projeto na forma que foi apurado no demonstrativo refeito acostado à fl. 797 do processo.

No mesmo mês (Janeiro/09), no mencionado demonstrativo refeito (fl. 797) deduziu do SDM os valores das operações classificadas com o CNVP de R\$2.103,75 com o CFOP 1949 (outras entradas de mercadorias, item 2.2.1) totalizando R\$2.103,75.

Assim sendo o SDPI apurado pela fiscalização com valor de R\$691.322,59 difere do apurado pela empresa de R\$639.595,39 que foi acostado à fl. 841 no qual foram considerados apenas os débitos e créditos fiscais vinculados ao projeto, DNVP, CNVP sem levar em consideração na apuração do SDPI, todos os débitos e créditos contidos no SDM que não estavam vinculados ao projeto (DNVP e CNVP).

Concluo que está correta a fundamentação da Decisão proferida pela 3ª JJF, afirmando que *“as operações constantes do novo demonstrativo elaborado pelo autuante correspondem exatamente aos CFOPs previstos na Instrução Normativa nº 27/09, e devem, efetivamente, compor a apuração*

do DNVP e do CNVP”.

Dessa forma, não merece qualquer reparo a Decisão ora recorrida que acolheu a exclusão das colunas, “*Revenda de Mercadorias com CFOP 5.101 ou 6.101*” e “*Aquisições de Produto Acabado com CFOP 1.101 ou 2.101*”, tendo em vista que se tratava de operações com o produto PELÍCULAS PE STRETCH TPT utilizado no processo de industrialização, o que reduziu o débito original de R\$848.621,26 para R\$719.210,60 (fl. 797) na infração 4.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

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 **281082.0024/12-0** lavrado contra **VALFILM NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$720.537,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. DA PGE/PROFIS