

A. I. N° - 108595.0002/16-4  
AUTUADO - SOL EMBALAGENS PLÁSTICAS - EIRELI  
AUTUANTES - MARIA CELIA RICCIO FRANCO e MARIA CONSUELO PIRES BARROS  
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA  
INTERNET - 28. 03. 2017

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0019-01/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. RECOLHIMENTO A MENOS. Saída de mercadorias sem tributação sob alegação de empréstimo para outra empresa. Infração mantida. 2. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Uso indevido da alíquota de 7%, prevista na alínea “c” do inciso I do art. 16 da Lei n° 7.014/96, em saídas destinadas a contribuinte que não se enquadravam como microempresa ou empresa de pequeno porte. Retirada da exigência fiscal cobrança em relação a destinatários que não eram optantes do simples nacional, mas ainda se enquadravam como microempresa ou empresa de pequeno porte. Infração subsistente em parte. 3. USO INDEVIDO DE INCENTIVO DO DESENVOLVER. a) FALTA DE PAGAMENTO DA PARCELA NÃO INCENTIVADA NO PRAZO REGULAMENTAR. Exigência do imposto incentivado em razão da falta de pagamento da parcela não incentivada no prazo regulamentar. Como parte da parcela não incentivada foi efetivamente paga no prazo regulamentar, autuante refez o demonstrativo de débito considerando que a perda do benefício foi proporcional ao valor não incentivado que não foi pago no prazo regulamentar. Infração parcialmente procedente. b) ERRO NA DETERMINAÇÃO DO SALDO DEVEDOR PASSIVO DE INCENTIVO. Autuado utilizou crédito fiscal extemporâneo, originado de aquisições vinculadas ao projeto incentivado, para abatimento de parcela do imposto não incentivado. Exigência do imposto incentivado indevidamente. Infração caracterizada. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/06/2016, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 653.922,72, em decorrência das seguintes infrações imputadas ao autuado:

Infração 01 (02.01.03) - deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, dando saída de mercadorias a título de empréstimo, regularmente

escrituradas, ocorrido no mês de dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.997,13, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 (03.02.02) – recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias, vendendo pa empresa normal como se fosse microempresa, regularmente escrituradas, ocorrido nos meses de janeiro, março, maio, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.604,46, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 (03.08.03) – recolheu a menor o ICMS, na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa DESENVOLVE, ocorrido no mês de julho de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 436.647,13, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 (03.08.04) – recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE ao utilizar crédito extemporâneo de combustível para abater a parcela do ICMS não incentivado ao invés de utilizar na apuração do ICMS total, ocorrido nos meses de janeiro de 2013 a maio de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 204.674,00, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 59 a 66, alegando, inicialmente, a tempestividade da impugnação. Diz que na exigência da infração 02 o autuante errou em considerar a condição cadastral dos destinatários na data da lavratura e não na época dos fatos geradores. Afirma que as empresas com inscrições 62.976.275, 80.787.938 e 73.731.192 estavam enquadradas na condição de ME/EPP à época dos fatos geradores. Pediu o prazo de 20 dias para juntada dos documentos comprobatórios da afirmação. Por outro lado, reconhece que cometeu a infração imputada nas saídas destinadas às empresas com inscrições 29.275.627 e 80.787.938.

Em relação à infração 03, o autuado alega que, após apuração e recolhimento do tributo, verificou que cometera alguns equívocos no seu lançamento, o que acabou por gerar uma diferença na referida parcela. Desta forma, realizou retificação dos cálculos e recolheu a diferença apurada mediante DAE complementar em 13/08/2014.

Apesar de não negar os fatos narrados pelas autuantes, o autuado reclama do cálculo do imposto suplementar devido. Afirma que o autuante desconsiderou a parcela incentivada em sua integralidade, embora o que ocorreu foi um pagamento a menor, e não a ausência de pagamento. Entende que, pela ocorrência do pagamento parcial, deveria ser aplicado o disposto no § 3º do art. 18 do Decreto nº 8.205/02, que assegura o benefício em relação à parcela calculada como incentivada naquele mês.

Além disso, requer que seja considerada a parcela incentivada que fora antecipada no dia 20, como demonstra comprovante que já se encontra nos autos. Sendo assim, requer que sejam excluídos os valores já recolhidos aos cofres públicos, sob pena de bitributação, o que é vedado pelo ordenamento pátrio.

Em relação à infração 04, o autuado discorda do entendimento das autuantes que consideraram como incentivado o resarcimento de crédito de ICMS de 2009 a 2011. Lembra que a IN 27/09 no item 2.2 é categórica quanto a sua exclusão do cálculo do SDPI, considerando o referido crédito como não incentivado.

Assim, por se tratar de créditos relativos a operações que não ocorreram no mês de apuração e sim em anos anteriores, foram excluídos os respectivos valores do cálculo SDPI - Saldo Devedor Passível de Incentivo do Desenvolve - como determina a Instrução Normativa nº 27/2009 que trata das inclusões e exclusões dos créditos e débitos de ICMS passíveis do incentivo fiscal.

O autuado argumenta que a norma não distingue a natureza dos créditos a serem ressarcidos. O crédito utilizado pelo contribuinte corresponde a apuração de créditos fora do prazo, ou seja, resarcimento de crédito extemporâneo, e não de crédito de biodiesel. Requer a IMPROCEDÊNCIA da presente infração.

Em relação à infração 01, o autuado apenas diz que os fatos narrados não condizem com a realidade fática e que será comprovado no curso da instrução processual.

Em resumo, o autuado requer que o auto de infração seja julgado nulo no que diz respeito à infração 02, alternativamente, em consonância com o parágrafo único do art. 155 do RPAF (Dec. nº 7.629/99), havendo a possibilidade de julgamento do mérito a favor do sujeito passivo, a quem aproveitaria a declaração de nulidade, requer que o julgador não a pronuncie, julgando totalmente improcedente a referida infração, ao passo que também requer seja o presente auto julgado improcedente quanto a suas demais infrações, a fim de ver extinto o crédito tributário.

A autuante Maria Consuelo Barros apresentou informação fiscal das fls. 77 a 79. Em relação à infração 02, a autuante declara procedente a reclamação de crédito tributário, pois nenhuma das quatro inscrições dos destinatários das notas fiscais estavam na condição de simples nacional no ano de 2014, conforme documentos acostados às fls. 11, 12, 14 e 15.

Em relação à infração 03, a autuante reconhece como correta a alegação do autuado de que em razão do pagamento parcial do saldo devedor lhe caberia a fruição proporcional do benefício naquele mês. Assim, refez o levantamento fiscal da infração, reduzindo a exigência para R\$ 291.981,15, conforme documento à fl. 86.

Por outro lado, a autuante não concorda com a pretensão do autuado de abater parcela do imposto antecipado naquele mesmo mês de forma indevida, já que não teria direito ao total do valor inicialmente dilatado, pois o Parecer DITRI nº 8873/2010 orientava que a correção de equívocos na apuração do imposto devido somente poderia se processar mediante requerimento de restituição na forma do art. 73 do RPAF.

Em relação à infração 04, a autuante lembra que situação idêntica já havia ocorrido no passado e que o Acórdão CJF 0189-11/16 considerou que os combustíveis utilizados no processo produtivo devem ter os créditos lançados na apuração do ICMS incentivado. E que o essencial para se determinar se o crédito vai ou não fazer parte da apuração do saldo devedor passível de incentivo é a sua natureza e não o momento em que foi lançado.

O autuado apresentou manifestação tempestiva das fls. 106 a 108. Contesta a afirmação da autuante de que a infração 02 é procedente em razão dos destinatários terem sido excluídos do simples nacional à época dos fatos geradores. Diz que a saída se deu por opção e não por ter excedido o limite de receita de enquadramento na condição de microempresa e empresa de pequeno porte. Os destinatários passaram a apurar o imposto pelo regime de conta corrente fiscal, mas ainda estavam enquadrados na condição de microempresa por ter faturamento dentro do limite estabelecido na legislação. Assim, insiste que deve ser retirada a exigência sobre as notas fiscais nº 14030, 14545, 14764, 15040, 483, 652, 14035, 14548, 14765 e 15035, referente a vendas para as empresas com inscrição estadual nº 62.976.275, 80.787.938 e 73.731.192. Desta forma, conclui que é devido apenas os valores de R\$ 1.295,38, referente a 01/2014, e R\$ 1.380,01, referente a 03/2014.

Em relação à infração 03, o autuado pede que, caso não seja considerada nula, sejam considerados os valores recalculados pela autuante na informação fiscal.

A autuante Maria Consuelo Barros prestou nova informação fiscal às fls. 113 e 114. Reitera que a exigência da infração 02 é procedente pois as empresas não estavam mais como optantes do simples nacional e que o art. 387 do RICMS/97 estabelece que as empresas excluídas estão sujeitas às normas de tributação aplicáveis aos demais contribuintes do ICMS.

Em relação à infração 03, a autuante reitera as argumentações trazidas aos autos quando da primeira informação fiscal e requer a exigência de R\$ 291.981,15. Da mesma forma, mantém a exigência contida na infração 04, sem acrescentar qualquer nova informação em relação à anteriormente prestada.

## VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

A infração 01 não foi contestada pelo autuado. A saída de mercadoria, documentada na nota fiscal nº 15.191 (fl. 07), ocorreu sem a devida tributação. A observação contida no campo “informações complementares” de que se tratava de empréstimo de mercadoria não respalda a falta de destaque do imposto devido. Não se trata de hipótese prevista na legislação que desonere a operação da correspondente exigência fiscal. Infração procedente.

Em relação à infração 02, assiste razão ao autuado quando alerta que a aplicação da alíquota de 7%, prevista na alínea “c” do inciso I do art. 16 da Lei nº 7.014/96 se aplica a empresa de pequeno porte e microempresa, independentemente de ser ou não optante do simples nacional. O referido dispositivo legal não restringe a aplicação da norma aos optantes do simples nacional, mas alcança todas as empresas que se enquadram na condição de pequeno porte ou microempresa.

De acordo com consulta formulada no Sistema de Informações da SEFAZ, o faturamento declarado pela empresa com inscrição estadual nº 80.787.938 no ano de 2014 foi de R\$ 2.715.761,83, revelando que ainda se enquadrava abaixo do limite anual estabelecido para enquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte, que era de R\$ 3.600.000,00, conforme previsto no inciso II do art. 3º da Lei Complementar Federal nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Deste modo, da análise do demonstrativo às fls. 09 e 10, considero procedente apenas a exigência fiscal relativa às notas fiscais destinadas às empresas com inscrição estadual nº 62.976.275, 29.275.627, 73.731.192 e 80.787.938, reduzindo a reclamação de crédito tributário para R\$ 3.756,39.

Em relação à infração 03, entendo que o pagamento na data prevista em regulamento de parte da parcela não incentivada garante o direito proporcional à dilação do prazo de pagamento do imposto incentivado correspondente. Por outro lado, a falta de pagamento de parte da parcela não incentivada tem como consequência negativa para o autuado a perda da dilação de prazo de pagamento da correspondente parcela que poderia ser incentivada, que foi o objeto da presente infração. Assim, considero correta a revisão feita pela autuante em sua informação fiscal, acatando os argumentos da defesa nesse sentido e reduzindo a exigência fiscal para o valor de R\$ 291.981,15, correspondente ao valor do imposto que não poderia ter o prazo de pagamento dilatado em decorrência da falta de pagamento de parte da parcela não incentivada no prazo regulamentar, conforme estabelecido no § 3º do art. 18 do Decreto nº 8.205/02.

Não acato o pedido do autuado de compensar do valor do débito fiscal desta infração a parcela correspondente à antecipação do pagamento do imposto indevidamente incentivado. O pagamento considerado indevido deverá ser objeto de requerimento de restituição na forma prevista no art. 73 do RPAF.

Em relação à infração 04, a lide reside na possibilidade de utilização de créditos fiscais oriundos da aquisição de combustíveis utilizados no processo de produção que deixaram de ser escriturados no prazo regulamentar, mas que tiveram sua autorização de uso concedida extemporaneamente pela SEFAZ.

Argumentação do autuado de que a utilização de resarcimentos de ICMS está expressamente contida na Instrução Normativa nº 27/09 como créditos fiscais não vinculados ao projeto não procede no caso em discussão. Evidentemente que os itens constantes na referida instrução como

sendo de obrigatoriedade exclusão do cálculo do saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE tem como condição natural que não estejam vinculadas às operações subsequentes com os produtos resultantes da industrialização que foram alcançados na respectiva resolução que conferiu o respectivo benefício ao autuado.

O fato de não ter sido compensado no respectivo período de apuração do imposto já deu causa para utilização indevida do benefício do DESENVOLVE no respectivo mês em que ocorreu a entrada do combustível no estabelecimento do autuado. Convém destacar que a causa pela não utilização do crédito fiscal no período de apuração em que ocorreu a efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento foi dada pelo próprio autuado, que se beneficiou com o incremento indevido do saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE.

Assim, inadmissível outra utilização para os créditos fiscais vinculados ao projeto incentivado que não seja para compensação do saldo devedor passível de incentivo, ainda que sua escrituração ocorra extemporaneamente, conforme entendimento também já manifestado no Acórdão CJF 0189-11/16. Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$ 504.408,67, mantidas as exigências iniciais das infrações 01 e 04 e alterando a exigência fiscal das infrações 02 e 03 nos seguintes termos:

1 – Infração 02

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
01/01/2014	1.295,38
31/03/2014	1.380,01
31/10/2014	1.081,00
TOTAL	3.756,39

2 – Infração 03

DATA DE OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
31/07/2014	291.981,15

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108595.0002/16-4**, lavrado contra **SOL EMBALAGENS PLÁSTICAS - EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 504.408,67, acrescido de multa de 60%, prevista nas alíneas "a" e "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Sala das Sessões do CONSEF 10 de fevereiro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS- PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO– JULGADOR