

A. I. Nº - 269354.0002/15-0
AUTUADO - PETROBRÁS BIOCOMBUSTÍVEL S/A.
AUTUANTE - LUÍS HENRIQUE DE SOUSA ALEXANDRE
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02.06.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0072-02/17

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Os argumentos defensivos não se mostram capazes de desconstituir a infração apurada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Descumprimento de obrigação acessória. Efetuadas correções no cálculo das multas. Infrações parcialmente caracterizadas. Quanto à Infração 02, foi aplicado o princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, II, do Código Tributário Nacional, para reduzir a penalidade, de 10% para 1%, consoante o previsto na Lei nº 13.461/15. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. FALTA DE PAGAMENTO. **a)** MATERIAIS DE CONSUMO. **b)** BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Incide o imposto nas operações de transferências interestaduais de bens destinados ao uso e consumo e ao ativo imobilizado. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infrações parcialmente caracterizadas. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Mediante diligência, restou comprovado que os materiais em questão classificavam-se como de uso e consumo. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infração parcialmente caracterizada. 5. LIVROS CONTÁBEIS. FALTA DE ENTREGA QUANDO REGULARMENTE INTIMADO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração não contestada. 6. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DPD. DADOS INCORRETOS. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. A inobservância da obrigação acessória resta caracterizada, porém a multa fica absorvida pela penalidade indicada para a Infração 01, da qual é uma consequência direta. Infração insubsistente. Afastadas as preliminares de nulidade. Indeferida a solicitação de perícia/diligência como foi requerida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 18/06/15, para constituir o crédito tributário, no valor histórico de R\$922.125,74, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 03.08.04. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a agosto, outubro e dezembro de 2014. ICMS: R\$ 218.992,39. Multa: 60%.

Infração 02 - 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$ 471.367,34, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Infração 03 - 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$ 45.781,43, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Infração 04 - 06.02.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a abril e junho a outubro de 2014. ICMS: R\$ 6.558,77. Multa: 60%.

Infração 05 - 06.01.01. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de janeiro a abril e agosto a novembro de 2014. ICMS: R\$ 166.292,27. Multa: 60%.

Infração 06 - 01.02.02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, setembro, outubro e dezembro de 2014. ICMS: R\$ 7.153,54. Multa: 60%.

Infração 07 - 16.15.01. Deixou de apresentar livros contábeis, quando regularmente solicitado, por qualquer meio de comunicação, em direito admitido: pedido escrito, notificação ou intimação. Foi indicada multa no valor de R\$ 460,00. Consta que o autuado não apresentou a documentação solicitada no Termo de intimação Fiscal encaminhado em 24/04/15 e recepcionado pelo contribuinte em 28/04/14, conforme cópia anexada ao presente processo.

Infração 08 - 16.05.30. Declarou incorretamente dados nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas por meio de arquivo eletrônico DPD - Declaração Mensal de Apuração do Programa Desenvolve, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Foi indicada multa mensal no valor de R\$ 460,00, totalizando R\$ 5.520,00.

O autuado apresenta defesa (fls. 98 a 152) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, sob o argumento de que houve ofensa aos princípios do contraditório e a ampla defesa, sobre os quais discorre. Diz que no presente lançamento de ofício, o autuante descreveu oito diferentes infrações, dificultando a apresentação da impugnação, pois cada infração possui natureza diversa com fundamentos legais diversos. Faz alusão ao disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado Bahia (RPAF-BA/99) e, mais adiante, diz que o prazo de defesa (60 dias) considera cada lançamento tributário realizado, e não um conjunto de oito diferentes infrações condensadas em um único Auto de Infração. Afirma que deve ser decretada a nulidade do lançamento, pois o grande número de infrações cerceou o exercício do seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Reconhece a procedência da Infração 07, bem como a procedência parcial das Infrações 04, 05 e 06. Diz que efetuará o recolhimento das parcelas tidas como procedentes e requer que esses pagamentos sejam homologados. Informa as ocorrências a que se referem os valores confessados e, em seguida, passa a impugnar a parte da autuação que não foi reconhecida como procedente.

Quanto à Infração 01, afirma que, no mês de março de 2014, o autuante considerou apenas o recolhimento de R\$ 538.878,41, deixando, assim, de computar o valor de R\$ 976,33, pago em 09/04/2014, relativamente à competência mar/2014 (fls. 249).

Ao tratar de “DEBITOS NÃO VINCULADOS AO PROJETO”, o defendente se pronuncia conforme aduzido a seguir.

a) CFOP 5101/6101. Alega que o autuante considerou como não vinculado ao projeto os débitos de venda de glicerina. Explica que a glicerina é um coproduto da produção de biodiesel e consta no projeto de ampliação apresentado quando da solicitação do incentivo do Desenvolve e, portanto, os débitos não devem ser excluídos da apuração do incentivo, pois tem vínculo com o projeto.

Argumenta que mês de out/2014, a PBIO [Petrobrás Biocombustíveis S/A] considerou como não vinculado ao projeto, o valor de R\$ 11.059,65, relativo à venda dos produtos ácido graxo e oleína. Diz que o valor correto seria de R\$ 20.599,23, conforme relação de notas fiscais.

b) CFOP 5118. Diz que a Fiscalização deixou de considerar como não vinculado ao projeto venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário, em venda à ordem, de biodiesel produzido com ester não vinculado ao projeto, conforme a planilha “RESUMO”. Explica que o ester é o óleo ou gordura já transesterificado, ou seja, um “biodiesel” fora de especificação. Aduz que o ester (metil ester) é transferido de outras usinas de biodiesel para Candeias, onde é feito um novo processamento para deixá-lo nas especificações da ANP. Informa que os créditos de ICMS do ester foram retirados da apuração, pois o projeto de ampliação considerava utilização de gordura animal e óleos vegetais e, além disso, a maior parte do processamento já tinha ocorrido em outras usinas da PBIO.

Destaca que no mês de jun/2014 a PBIO considerou indevidamente como não vinculado ao projeto o valor de R\$ 12.919,69, referente à venda de produção do estabelecimento entregue ao destinatário por conta e ordem do adquirente originário, em venda à ordem. Diz que após análise da NFe [nota fiscal eletrônica], foi constatado que no campo de “Observações” havia carta de correção para alteração da “Descrição dos Produtos/Serviços”. Afirmar que a descrição do produto correta era Biodiesel B-100 e não Pennington, portanto, refere-se a produto vinculado ao projeto. Frisa que essa alteração não foi identificada no cálculo do Desenvolve.

c) CFOPs 5152/6152. Assevera que no mês de mar/2014 considerou como não vinculado ao projeto o valor de R\$ 1.450,32, relativo às operações de transferências de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, não vinculadas ao projeto (ácido fosfórico e terra).

d) CFOPs 5550/6550. Alega que no mês de mai/2014 não considerou como não vinculado ao projeto o valor de R\$ 610,64, referente à devolução de material de uso ou consumo considerado em Outros Créditos como não vinculado à atividade industrial.

e) CFOPs 5900/6900. Diz que no mês de mar/2014 não considerou como não vinculado ao projeto o valor de R\$ 3,69, relativo à operação de outras saídas não vinculadas ao projeto (CFOP 5949/6949).

f) Outros Débitos e Estornos de Créditos. Afirmar que, nos meses constantes na tabela que apresenta, a Fiscalização considerou indevidamente como não vinculado ao projeto, os estornos de créditos relativos à escrituração extemporânea de insumos de produção vinculados ao projeto.

Ao tratar de “CRÉDITOS FISCAIS NÃO VINCULADOS AO PROJETO”, o defendente se pronuncia conforme relatado a seguir.

a) CFOPs 1201/2201. Diz que no mês de jan/2014 a Fiscalização considerou como não vinculado ao projeto o valor de R\$1.125,70, porém, se refere à devolução de venda de glicerina, produto de fabricação própria vinculado ao projeto conforme exposto anteriormente.

b) CFOPs 1650/2650. Pontua que no mês de mai/2014 a PBIO considerou como vinculado ao projeto R\$ 3.727,50, referente à devolução de venda de ácido graxo misto. Informa que o ácido graxo é um subproduto do processo de produção de biodiesel e faz parte do projeto de ampliação.

Menciona que no mês de dez/2014 a Fiscalização considerou como não vinculado ao projeto o valor de R\$ 6.590,38, referente à devolução de venda Biodiesel B100. Sustenta que o Biodiesel B100 faz parte do projeto de ampliação apresentado e, portanto, o crédito referente à devolução desse produto deve ser considerado como vinculado ao projeto.

c) Outros Créditos e Estornos de Débitos. Argumenta que os valores constantes na tabela que apresenta foram considerados pela Fiscalização como não vinculados ao projeto, porém, os materiais foram destinados ao ativo fixo para produção de Biodiesel vinculado ao projeto.

Alega que no mês de abr/2014 a Fiscalização considerou como não vinculado ao projeto o valor de R\$ 3.881,10, porém se refere a crédito extemporâneo relativo ao Processo 022521/2014-6, autorizado pela SEFAZ/BA por meio do Parecer 8875/2014 (anexo), referente a crédito fiscal de prestações de serviços de transporte de produtos vinculados ao projeto.

Destaca que a soma do ICMS recolhido (parcela incentivada + parcela não incentivada) supera o valor calculado pela Fiscalização, o que ensejaria pedido de repetição de indébito, no valor total de R\$ 1.235.719,90, conforme quadro demonstrativo que apresenta.

Afirma que o suposto cálculo a menos feito pela PBIO, relativo à parcela do Desenvolve a ser recolhida no dia 20, beneficiou o Estado, pois o defendente se aproveitou a menos do incentivo na redução de 80% desta parcela conforme cálculo da Fiscalização.

Quanto à Infração 02, afirma que identificou a escrituração de diversas notas fiscais conforme a planilha "DEFESA - Infrações 02 e 03" (anexa), no valor R\$ 109.878,27.

Afirma que não procede a autuação quanto às notas fiscais canceladas /devolvidas, pois tratam de situações em que ou as mercadorias não foram recebidas pela PBIO, ou foram destinadas a outras filiais, ou se referem a notas fiscais de prestação de serviço ou outras situações que possam ter ensejado a falta de registro na sua Escrituração Fiscal Digital - EFD. Diz que para essas notas não conseguiu, no prazo de defesa, obter cópias das notas fiscais de entrada e ou das páginas do livro de Registro de Saídas, comprobatórias do cancelamento das notas fiscais pelo fornecedor. Afirma que a Fiscalização não fez nenhum filtro junto aos fornecedores, deixando um ônus, sem base legal, para o autuado. Afirma que devolvida a mercadoria ou cancelada compra e venda, torna-se indevida a incidência do ICMS, uma vez que houve desfazimento do negócio jurídico. Cita jurisprudência e dispositivos legais.

Sustenta que a transferência entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte não deve ser levada em consideração, como se fosse uma etapa autônoma da cadeia produtiva. Diz que ela pouco importa para a cadeia produtiva, pelo que inclusive a não incidência do ICMS não possui relevância jurídica para levar ao estorno dos créditos da etapa anterior segundo os termos determinados pela Constituição Federal, art. 155, §2º, II, alínea "a" e "b". Diz que essa sua tese está de acordo com a Teoria Geral do Direito Tributário, bem como com as normas constitucionais do próprio ICMS, sobre as quais passa a discorrer.

Discorre sobre o significado de "operação", "circulação" e "mercadoria". Mais adiante, sustenta que o ICMS só pode e só deve incidir sobre operações que conduzem mercadorias, mediante sucessivos contratos mercantis, dos possuidores originários a outros e aos consumidores finais. Cita doutrina e ementas de decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário. Pontua que a doutrina e a jurisprudência são unânimes ao mencionarem que a transferência de produtos entre estabelecimentos da mesma pessoa jurídica não constitui hipótese de incidência de ICMS.

Faz alusão à decisão deste CONSEF referente ao Auto de Infração nº 269139.0003/10-0, que se posicionou pela redução de multa por falta de escrituração de nota fiscal de entrada. Pede que seja julgada improcedente a Infração 01 [02], no que se refere às operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ou, alternativamente, seja reduzida a multa imputada nos termos do precedente citado, conforme disposições do § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/196.

No que tange à Infração 03, diz que identificou a escrituração de diversas notas fiscais conforme a planilha "DEFESA - Infrações 02 e 03" (anexa), no valor de R\$ 9.341,89. Prosseguindo, passa a repisar os mesmos argumentos, dispositivos legais, doutrina e jurisprudência trazidos quando abordou a infração anterior. Ao final, requer que seja julgada improcedente a Infração 01 [03], no que se refere às operações entre estabelecimentos do mesmo contribuinte ou, alternativamente, que seja reduzida a multa imputada nos termos do precedente citado.

Quanto à Infração 04, diz que efetuou a conciliação dos valores calculados pelo autuante (Anexo "D") com os valores recolhidos pela PBIO, obtendo a planilha "DIFAL Uso e Consumo".

No que se refere às Notas Fiscais n^{os} 150404, 150402, 291306, 25950 e 2087, assevera que o ICMS foi recolhido por substituição tributária, conforme cópia das notas fiscais acostadas às fls. 303 a 308 e, portanto, não subsiste a cobrança da DIFAL quanto a essas notas fiscais. Diz que para as demais notas fiscais o DIFAL foi devidamente recolhido pela PBIO conforme Relatório de Diferencial de Alíquotas (anexos).

Relativamente à Infração 05, diz que com base nas informações do autuante, efetuou a conciliação dos valores calculados pela Fiscalização (Anexo "E") com os valores recolhidos pela PBIO, obtendo a planilha "DIFAL Ativo" (anexa).

Quanto às Notas Fiscais n^{os} 36985, 41382, 2209, 40615, 2269, 24582, 1708, 28052, 168969, 2055, 178462 e 7896, sustenta que a DIFAL foi recolhida observando o disposto na cláusula quinta do Convênio 52/91, pois as mercadorias adquiridas estão acobertadas pelo benefício da redução da base de cálculo prevista no citado Convênio, conforme cópia das notas fiscais (fls. 310 a 356).

Relativamente às Notas Fiscais n^{os} 7171, 97886, 113975, 7668, 112628, 108262, 111156, 7465, 119947, 12911, 3286 e 121459, afirma que o ICMS foi recolhido por substituição tributária, conforme cópia das notas fiscais (anexas), não subsistindo DIFAL a ser pago.

Alega que a Nota Fiscal nº 1746 é referente a venda de bem do ativo imobilizado do fornecedor, sem a incidência do ICMS, conforme art. 7º, XIV, do Decreto 45490/00 de São Paulo (RICMS/SP).

Pontua que para as demais notas fiscais a DIFAL foi devidamente recolhida pela PBIO conforme Relatório de Diferencial de Alíquotas (anexos).

Diz que não recolheu a diferença de alíquota quanto às Notas Fiscais n^{os} 2043, 76693, 3233, 5147, 1188, 150402, 3153, 1330, 757, 1403, 23731, 20756, 4192 e 394, conforme planilha "DIFAL Ativo".

Afirma que para as Notas Fiscais n^{os} 51524, 51214, 323 e 1772 a DIFAL não foi recolhida, porém as mercadorias possuem redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91.

Quanto à Infração 06, afirma que os produtos constantes das Notas Fiscais n^{os} 39624, 39626, 39625, 38198, 43300 e 43301 (biocida, dispersante, inibidor de corrosão, inibidor de incrustação, hidróxido de sódio e hipoclorito de sódio) são considerados insumos de produção, pois são utilizados no processo de tratamento de água industrial e na qualidade dos produtos, conforme planilha "DEFESA - Infração 06" (anexa) contendo o detalhamento da função/utilização dos produtos. Diz que a autuação não procede relativamente a essas notas fiscais, no valor de R\$ 6.664,64.

Discorre sobre o princípio da não cumulatividade e, em seguida, conclui que não é permitido ao legislador complementar restringir o direito ao creditamento do ICMS, muito menos ao RICMS/BA. Destaca que os bens relacionados na autuação são indispensáveis ao seu processo produtivo, por serem insumos de sua produção, não cabendo a cobrança de diferença de alíquotas para essas aquisições.

No que se refere aos produtos indicados nas Notas Fiscais n^{os} 2400, 109706 e 42954, diz que são considerados materiais de uso e consumo e, portanto, foi objeto de pagamento da DIFAL.

Relativamente à Infração 08, sustenta que declarou corretamente os dados conforme apuração e declarações em anexo para o exercício de 2014, exceto mar/2014, para o qual foi protocolada, em 12/02/2015, solicitação de retificação da EFD, processo SIPRO nº 035512/2015-5 (anexo), porém sem deferimento pela SEFAZ/BA até o momento. Destaca que inexistem, portanto, quaisquer infrações à norma estadual, não havendo que se falar em inconsistências de valores informados na DPD.

Ao tratar da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, diz que caso essa Junta de Julgamento decida pela subsistência das Infrações 01, 02, 03 e 06, discorda do enquadramento legal utilizado pela Fiscalização para dar suporte à multa aplicada.

No que tange às Infrações 02 e 03, diz que a "não escrituração no Livro de Registro de Entrada" consubstancia mero descumprimento de obrigação acessória - fato que estaria tipificado no art.

42, XV, “d”, da Lei nº 7.014/96 - e não no art. 42, IX e XI, da referida Lei, sendo imperioso frisar que inexistiu prejuízo econômico/financeiro para o Estado da Bahia, pois, na Infração 01, o pagamento do imposto fora realizado pelo fornecedor e, na Infração 02, a operação não está sujeita ao ICMS. Transcreve o disposto no art. 42, IX e XV, da Lei nº 7.014/96.

Argumente que para as Infrações 01, 04, 05 e 06 houve aplicação de multa de 60%, porém sequer houve fato gerador para as infrações, seja porque não existiu o crédito a maior ou porque inexistiu uso indevido de crédito fiscal. Diz que, assim, caso superadas as questões de mérito, deve ser reconhecido o caráter confiscatório das multas tipificadas nos dispositivos legais citados, por afronta ao disposto no art. 150, inc. IV, da Constituição Federal.

Diz que diante da complexidade da matéria em análise, faz-se necessária a elaboração de prova pericial técnica, visando comprovar a veracidade de seus argumentos. Pede a realização de diligência, caso seja indeferida a solicitação de perícia. Indica seu assistente técnico.

Ao finalizar, requer que sejam acolhidas as preliminares arguidas. Protesta pela realização de perícia ou diligência. Solicita que lhe seja concedida a oportunidade de se manifestar sobre as informações fiscais. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente, bem como pleiteia o afastamento das multas aplicadas.

Ao prestar a informação fiscal (fls. 397 a 408), o autuante diz ser incompreensível a alegação defensiva atinente ao art. 217 do RICMS-BA/12, pois esse dispositivo não descreve a conduta a ser praticada pelo contribuinte, e sim a destinação do livro Registro de Entradas. Afirmar ser enigmática a arguição defensiva a respeito do princípio do contraditório e da ampla defesa, já que o Auto de Infração traz infrações sobre matérias vinculadas à atividade empresarial e de procedimentos equivocados na escrituração fiscal que ensejam relação direta com a apuração do ICMS e de forma sublinhar existe imputação de penalidades pelo cometimento desses equívocos. Entende ser descabida a solicitação de perícia ou de diligência, pois considera que a matéria está bem apresentada nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração.

Quanto à Infração 01, afirma que a linha adotada na auditoria fiscal seguiu literalmente as seguintes Resoluções do Conselho Deliberativo do Desenvolve: a) Resolução nº 50/2010, Publicada no DOE de 01/04/2010; b) Resolução nº 66/2010, Publicada no DOE de 30/04/2010; c) Resolução nº 123/2010, publicada no DOE de 11 e 12/09/2010.

Explica que de forma conjugada, todas essas Resoluções habilitam o autuado ao Programa Desenvolve, cujo objetivo é a produção de biocombustível, conforme se constata do caput do art. 1º das referidas resoluções. Diz que, portanto, só foram consideradas para fins de usufruir o benefício fiscal, as saídas com incidência do ICMS do biodiesel. Afirmar que, consoante o Anexo 17 do Auto de Infração, as saídas com incidência do ICMS relativas à glicerina bruta, oleína, ácido graxo bruto foram excluídas da apuração do benefício do Programa Desenvolve por não serem produtos denominados biocombustíveis. Aduz que o próprio defendente ratifica que são coprodutos resultantes do seu processo produtivo, portanto, não são biocombustíveis.

Quanto aos demais argumentos defensivos, frisa que a mensuração do saldo devedor suscetível ao benefício do Programa Desenvolve submeteu-se aos ditames da Instrução Normativa nº 27/2009. Destaca que o defendente não fez referência a esta norma, ignorando a existência de legislação pertinente ao tema. Mantém integralmente os termos da autuação.

Relativamente à Infração 02, observa que há previsão expressa na legislação tributária para a exigência fiscal, conforme o texto do RICMS-BA/12 e da Lei 7.014/96. Reproduz o teor do art. 217, I e II, § 3º, I, do RICMS-BA/12, bem como o art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Quanto à transferência de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, entende que o ponto principal não é a denominação da operação, mas sim a emissão do documento fiscal, no caso, a nota fiscal, sem a devida escrituração no livro Registro de Entradas. Mantém a autuação quanto às transferências entre estabelecimentos. Pontua que toda a alegação defensiva se prende unicamente à Nota Fiscal nº 1365, da sua filial 004, escriturada em 10/03/2015.

No que tange ao argumento de que algumas notas fiscais foram canceladas pelo emitente e outras eram referentes a devolução de vendas, diz que o autuado não indica quais foram essas notas.

Acata parcialmente o argumento defensivo, reduzindo o valor devido para R\$ 379.489,07.

No tocante à Infração 03, diz que não se sustenta o argumento defensivo quanto à falta de enquadramento legal desta infração, como restou demonstrado na infração anterior. Reconhece que foram escrituradas as notas fiscais constantes na planilha trazida na defesa. Diz que com a exclusão dessas notas fiscais, o demonstrativo de 2014 passa para R\$ 36.439,54.

Quanto à Infração 04, entende que as Notas Fiscais n^{os} 150404, 150402, 291306, 25950 e 2087, cujo ICMS teria sido recolhido por substituição tributária, efetivamente estas notas fiscais “devem constituir a infração em análise”. Assevera que, atendendo aos argumentos do defendente refez a apuração dos valores devidos, tendo remanescido o montante de R\$ 4.240,86, referente aos seguintes meses: Jan/14, R\$ 1.201,76; Fev/14, R\$ 185,61; Mar/14, R\$ 390,17; Abr/14, R\$ 909,84; Jul/14, R\$ 224,79; Ago/14, R\$ 502,69; Set/14, R\$ 56,66; Out/14, R\$ 769,35.

No que tange à Infração 05, diz que analisou as argumentações do defendente e efetuou os ajustes dos demonstrativos originais, atendendo aspectos relacionados à redução da base de cálculo decorrente do Convênio ICMS nº 52/91 e aquisições tributadas por substituição tributária na origem, portanto, não se aplicando a DIFAL para este caso, como também, aquisição de bem do Ativo Imobilizado, não havendo incidência do ICMS conforme disposição legal prevista na Unidade Federada de origem, conseqüentemente não havendo efeitos para a DIFAL. Afirma que após essas correções, o valor devido passou para R\$ 14.177,75, referente ao mês de Set/2014.

Destaca que a Nota Fiscal nº 51214, que anexou à fl. 411, cujo cálculo compõe o Anexo 1-A, integra o débito constante no Anexo 1, refere-se a um produto que tem a sua origem do exterior e, dessa forma, submete-se aos ditames legais da Resolução do Senado Federal de nº 13/2012, onde determina que nas operações interestaduais subsequentes desses produtos a alíquota do ICMS é 4%, portanto, para este caso não há motivação legal de aplicar a redução da carga tributária prevista no Convênio ICMS nº 52/91.

Relativamente à Infração 06, diz que além do valor reconhecido como devido na defesa, remanesce nesta infração a importância de R\$ 6.664,64, referente ao crédito indevido do ICMS na aquisição de produtos que são aplicados no tratamento de água para fins de imunizá-la de micro-organismos e, portanto, obtendo uma desejável qualidade e que é usada em equipamentos que estruturam o processo produtivo do autuado. Sustenta que esses materiais não integram o produto final do autuado e, em consequência, não proporcionam crédito fiscal, na forma da legislação fiscal do Estado da Bahia. Mantém a autuação em sua totalidade.

No que tange à Infração 07, menciona que o defendente reconheceu a acusação e efetuou o pagamento correspondente.

Ressalta que a Infração 08 está correlacionada à Infração 01 e, em consequência, se esta prosperar quanto aos valores reclamados e que integram o Auto de Infração em análise, a presente infração deve ser integralmente mantida.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado se pronuncia às fls. 416 a 424.

Quanto à Infração 01, afirma que na defesa inicial demonstrou que a glicerina bruta, a oleína e o ácido graxo são subprodutos e/ou coprodutos do processo de produção de biodiesel, constam no projeto de ampliação apresentado e, portanto, integram a parcela incentivada, nos termos do item 1 da Instrução Normativa SAT nº 27/2009, cujo teor transcreveu.

Quanto às Infrações 02 e 03, sustenta que o descumprimento das obrigações acessórias não restou caracterizado porque a Fiscalização não demonstrou o efetivo ingresso das mercadorias no seu estabelecimento. Aduz que a simples existência de notas fiscais emitidas por terceiros é insuficiente para comprovar as infrações, pois diversas situações são capazes de justificar a falta de escrituração dessas notas - cancelamento pelo fornecedor, mercadorias não recebidas pelo

destinatário, referentes a prestações de serviço, etc. Diz que, para demonstrar a materialidade das Infrações 02 e 03, a Fiscalização deveria intimar os responsáveis pela emissão dos documentos fiscais para que demonstrassem a efetiva entrega das mercadorias no estabelecimento de destino. Sustenta que, em razão da falta da prova da entrada de mercadorias em seu estabelecimento, deve-se aplicar o art. 18, IV, "a", do RPAF-BA/99, decretando a nulidade da exigência fiscal.

No tocante à Infração 4, diz que o autuante, ao apurar o valor remanescente, deixou de considerar a parcela reconhecida na defesa. Afirma que, portanto, houve extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, I, do CTN, e não há mais o que se falar em quantia remanescente.

Relativamente à Infração 05, afirma que a Fiscalização desconsiderou o valor reconhecido na defesa. Destaca que o autuante também se equivocou quando disse que o Convênio 52/91 é inaplicável à operação descrita na Nota Fiscal nº 51214, pois se trata de uma importação. Sustenta que a Resolução nº 13/2013, que dispõe sobre a alíquota de ICMS nas operações interestaduais com bens e mercadorias importados do exterior, não afasta o Convênio nº 52/91 na parte em que estabelece regras para o recolhimento do DIFAL, já que não trata dele.

Quanto à Infração 06, diz que os bens em tela são insumos que autorizam a apropriação do crédito fiscal, já que são essenciais ao seu processo produtivo. Menciona que o argumento do autuante na informação fiscal era compatível com o regime jurídico anterior, no qual vigia o Convênio Interestadual ICMS 66/1988. Contudo, a LC nº 87/96 excluiu essa restrição e tornou suficiente para o aproveitamento dos créditos a existência de vínculo entre a aquisição de bens e serviços e a consecução das atividades que constituem o objeto social do estabelecimento empresarial, como se conclui dos artigos 19, 20, §1º, e 33, I, da LC nº 87/96, cujo teor reproduziu. Em seguida, salienta que a novel legislação declara expressamente que *"é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada da mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento"* (art. 20, *caput*), desde que não *"se refiram a mercadorias ou serviços alheios à atividade do estabelecimento"* (§1º). Frisa que a LC nº 87/96 estabeleceu como único requisito para utilização de créditos que integrem o custo de produção, a vinculação à atividade-fim do estabelecimento. Reproduz trecho de voto proferido pelo STJ sobre a matéria.

Sustenta que os insumos relacionados na autuação fiscal são materiais secundários ou intermediários que, neste novo modelo, corresponde a todos os bens necessários ao processo produtivo, mas que não se enquadram no conceito de matéria-prima ou aos serviços vinculados à produção. Nesta linha, reproduz trecho de voto proferido no Tribunal de Justiça da Bahia.

Frisa que, no regime da LC 87/96, a essencialidade é aspecto determinante para autorizar a apropriação do crédito fiscal: se os itens são essenciais à produção, não é possível atribuir-lhes a natureza de bens de uso e consumo, porque conceitualmente desvinculados dela.

Faz alusão ao RICMS-BA/97, art. 93, I, "b" e §1º, "c", que admite o uso do crédito não só de matérias-primas que compõem o produto industrializado, mas também de produtos intermediários, desde que vinculados ao processo de industrialização ou que sejam nele consumidos. Diz que, portanto, não há que se falar, portanto, na necessidade de a mercadoria adquirida, para dar direito ao crédito, deva obrigatoriamente integrar ao produto final ou deva ter contato físico com ele em algum momento do processo de industrialização, bastando que seja vinculada à atividade produtiva e que venha a ser consumida no processo de industrialização do estabelecimento adquirente.

Quanto à Infração 08, diz que o autuante não observou o disposto no art. 42, §5º, da Lei Estadual nº 7.014/96. Após transcrever esse dispositivo legal, afirma que a multa pelo eventual cometimento da Infração 08 é absorvida pela penalidade da Infração 01, com a exclusão da multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

Reitera os termos da defesa inicial e pede que a improcedência da autuação.

Conforme fls. 435 a 438, o processo foi convertido em diligência pela 4ª Juntas de Julgamento Fiscal, para que o autuante atendesse às seguintes solicitações:

1. Analisasse, uma a uma, as alegações do autuado relativas à Infração 01 e informasse se tinham, ou não, pertinência. Em caso positivo, que elaborasse novos demonstrativos com os valores corretos.
2. Quanto à Infração 02, intimasse o autuado a indicar, no prazo de trinta dias quais os documentos fiscais que teriam sido escriturados ou foram objeto de cancelamento, bem como acobertaram mercadorias devolvidas ou destinadas a outras filiais do estabelecimento.
3. No que tange à Infração 06, intimasse o contribuinte a informar, de maneira detalhada, a função, no processo produtivo, dos produtos biocida, dispersante, inibidor de corrosão, inibidor de incrustação, hidróxido de sódio e hipoclorito de sódio, apresentando os documentos necessários à comprovação.
4. Verificasse, *in loco*, a veracidade das informações fornecidas referentes ao processo produtivo, como mencionado no item 3 acima.

Em atendimento à diligência, o autuante emitiu o parecer de fls. 441 a 445.

Quanto à Infração 01, informa que o projeto industrial do autuado, quando analisado e publicado no Diário Oficial, restringiu-se ao que efetivamente o autuado solicitou no contexto do seu pleito, ou seja, conforme publicação da resolução concessiva, os incentivos fiscais estão estritamente vinculados ao biocombustível. Destaca que tem sua atividade fiscalizadora vinculada à legislação do ICMS do Estado da Bahia. Explica a sistemática de apuração do ICMS com base na IN 27/09, bem como frisa que o defendente não fez menção à referida norma.

Quanto à Infração 02, explica que o autuado em atendimento à solicitação de informações complementares para subsidiar o julgamento do Auto de Infração, enviou nova relação contendo as indicações das notas fiscais eletrônicas escrituradas em sua escrita fiscal. Diz que as notas fiscais identificadas na escrituração fiscal do autuado foram excluídas do demonstrativo, remanescendo uma multa de R\$ 361.496,59, referente a 10% do total das mercadorias adquiridas, com tributação do ICMS, sem o devido registro fiscal. Informa que a penalidade inicialmente indicada para essa infração foi alterada pela Lei nº 13.461/15.

No que tange à Infração 03, diz que da mesma forma da Infração 02, o autuado não trouxe aos autos novas indicações de notas fiscais eletrônicas identificadas em sua escrita fiscal, mantendo, portanto, o valor ajustado quando da informação fiscal, para tanto, no exercício 2014 fica mantido o total de R\$ 36.439,54 referentes a 1% do total das notas fiscais, não tributadas, sem registro.

Relativamente à Infração 06, pontua que o autuado lhe encaminhou uma relação com os produtos e sua utilização/função no processo produtivo do defendente, conforme segue:

- Biocida: utilizado no processo de tratamento de água industrial. Sua função é controlar a proliferação de micro organismos que causam transtornos ao processo de produção.
- Dispersante: utilizado no tratamento de água com a finalidade de manter as partículas em suspensão na água de refrigeração, facilitando a sua retirada, assim como evitar indesejadas concentrações mais altas de sais.
- Inibidor de Corrosão: tem a função de manter a estabilidade à oxidação.
- Inibidor de incrustação: utilizado na estação de tratamento de água para limpeza e manutenção do sistema. Usa-se no intervalo entre uma campanha e outra ou quando há parada no sistema.
- Hidróxido de sódio: utilizado no processo de qualidade dos produtos no preparo de soluções que serão titulantes nos ensaios de índice de saponificáveis, acidez em óleo, biodiesel, ácido graxo, oleína, borra de refino. Além de ser agente saponificante nos ensaios extrativos para os mesmos produtos já referenciados.
- Hipoclorito de sódio: utilizado no processo de tratamento de água industrial. Sua função é controlar a proliferação de micro-organismos que causam transtorno ao processo de produção.

Diz que conforme se constata na informação do autuado, efetivamente os produtos em tela não são consumidas no processo industrial e nem integram o produto final, no caso, biodiesel, ou se a Relatoria assim entender, glicerina bruta, oleína, ácido graxo bruto.

Sustenta que efetivamente os produtos em questão não integram o produto final biodiesel nem os demais já retro citados, simplesmente tangenciam o processo industrial e são aplicados para dar mais vida útil ao complexo maquinário industrial do autuado.

Sugere que caso as informações aduzidas quanto à Infração 06, sem a verificação “*in loco*”, não sejam suficientes, seja buscado apoio mediante a estrutura organizacional do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF).

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado se pronuncia às fls. 452 a 460.

Após demonstrar a tempestividade do pronunciamento e efetuar uma síntese dos fatos, afirma que aderiu ao Concilia Bahia em relação às Infrações 2 e 3, quitando os seguintes valores: Infração 2, R\$ 361.489,08; Infração 3, R\$ 36.439,54. Diz que, dessa forma, o objeto do presente processo reduziu-se drasticamente, conforme tabela que apresenta.

Afirma que, em diversas passagens da peça de fls. 441/445, o autuante valeu-se de expressões pejorativas, que nada acrescentam à questão debatida. Transcreve trecho dessa peça e, em seguida, requer que sejam riscadas as expressões insultuosas da peça de fls. 441/445.

Quanto à Infração 01, reitera todos os termos da sua defesa e demais manifestações, especialmente que “demonstrou que a glicerina bruta, a oleína e o ácido graxo são subprodutos e/ou coprodutos do processo de produção de biodiesel, constam no projeto de ampliação apresentado quando da solicitação da concessão do incentivo do Desenvolve e, portanto, integram a parcela incentivada, nos termos do item 1 da Instrução Normativa SAT nº 27/2009”. Ressalta que o próprio autuante reconhece que os produtos controvertidos constam no projeto apresentado e aprovado, motivo pelo qual não podem subsistir quaisquer dúvidas sobre a extensão do benefício fiscal a tais produtos.

No que tange às Infrações 02 e 03, enfatiza os termos da sua defesa e demais manifestações, especialmente quanto ao uso de notas fiscais de terceiros como prova de infração tributária, de modo que a mera existência delas é insuficiente para certificar-se da conduta.

Afirma que a Infração 03 foi integralmente paga no programa Concilia, porém a Lei Estadual 13.461/15 reduziu a multa pela falta de devido registro fiscal de 10% para 1%. Diz que resta caracterizado um indébito, pois recolheu o R\$ 69.518,26 (“doc. 1 c/c doc. 2”), quando o deveria ter recolhido R\$ 6.951,82. Requer que seja declarado o indébito neste processo para os fins de direito.

Relativamente à Infração 06, diz que é incontroverso que os produtos em tela têm as funções especificadas pela PBIO através de informações suas prestadas por carta externa. Informa que os artigos 19, 20, §1º, e 33, I, da LC 87/96, estabeleceram como único requisito para a utilização de créditos decorrentes de matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, ou seja, todos aqueles que integram o custo de produção, a sua vinculação à atividade-fim do estabelecimento.

Assevera que não há a necessidade de a mercadoria adquirida integrar o produto final ou ter contato físico com ele em algum momento do processo de industrialização para a concessão do direito ao crédito, bastando que seja vinculada à atividade produtiva e que venha a ser consumida no processo de industrialização do estabelecimento adquirente. Sustenta que os produtos destinados ao tratamento de água e todos os demais produtos arrolados na autuação estão vinculados ao processo de industrialização, sendo nele consumidos, não há como se afastar o direito ao crédito fiscal, como admite a legislação.

Ao finalizar, reitera os requerimentos contidos na impugnação e demais manifestações, notadamente: a produção de prova técnica; o risco das expressões ofensivas da petição do autuante; a declaração do pagamento a maior das multas pecuniárias pela retroação da Lei Estadual 13.461/15; o julgamento de improcedência da autuação.

Conforme despacho à fl. 468, o autuante foi notificado sobre o pronunciamento do defendente, porém se manteve silente.

A então Relatora do processo foi afastada da 4ª JJF, sendo o processo redistribuído, cabendo a mim a sua relatoria. Posteriormente este relator foi remanejado para a 2ª JJF.

VOTO

Preliminarmente, foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que a grande quantidade de infrações que compõem o lançamento tributário de ofício ofendia os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois a legislação tributária do Estado da Bahia não prevê nenhuma limitação quanto à quantidade de imputações a serem lançadas em um mesmo Auto de Infração. O artigo 40 do RPAF-BA/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia aprovado pelo Decreto nº 7.629/99) prevê que o autuante “poderá” lavrar mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão, contudo esse dispositivo não proíbe a lavratura de um único Auto de Infração com diversos ilícitos fiscais.

Foi arguida a nulidade das Infrações 02 e 03 por falta de demonstração do recebimento das mercadorias pelo estabelecimento fiscalizado. Afasto essa preliminar, pois, como as referidas infrações foram apuradas com base em notas fiscais eletrônicas, o defendente tinha pleno acesso à sua página no Portal da Nota Fiscal Eletrônica a fim de conferir todos os documentos fiscais emitidos em seu nome. Além disso, as notas fiscais em tela são idôneas, foram emitidas em nome do autuado e constituem provas das operações nelas descritas.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, e II “a” e “b”, do RPAF-BA/99, indefiro o pedido de prova pericial/diligência da forma como foi solicitada na defesa, pois considero que tal elemento de prova não é necessário tendo em vista que os elementos já existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, conforme restará demonstrado na apreciação do mérito da lide.

Adentrando ao mérito da lide, observa-se que o autuado inicialmente reconheceu a procedência da Infração 07, bem como a procedência parcial das Infrações 04, 05 e 06. Posteriormente, o contribuinte aderiu ao programa Concilia Bahia, instituído pela Lei nº 13.449/15, quando reconheceu a procedência parcial da Infração 03, tendo recolhido o valor de R\$ 36.439,54, conforme afirmado à fls. 456 dos autos. Dessa forma, em relação à Infração 07 não há lide e, portanto, esse item do lançamento de ofício é procedente.

Trata a Infração 01 de falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 218.992,39, em virtude de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa Desenvolve.

Para um melhor entendimento das questões abordadas nesta infração, transcrevo a seguir o disposto no *caput* do art. 1º da Resolução nº 50/2010 do Conselho Deliberativo do Desenvolve:

Art. 1º Considerar habilitado, ad referendum do Plenário, aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o projeto de ampliação da produção de biodiesel, da PETROBRÁS BIOCOMBUSTÍVEL S/A, CNPJ nº 10.144.628/0003-86, Inscrição Estadual nº 78.514.919NO, localizada no município de Candeias, neste Estado, ao benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação, nas seguintes condições:

Tomando por base esse dispositivo acima transcrito, fica claro que as operações com glicerina, ester, oleína e ácido graxo foram acertadamente consideradas pelo autuante como não vinculadas ao projeto incentivado, haja vista que o autuado foi habilitado aos benefícios do Programa Desenvolve para produzir biodiesel. Mesmo que no projeto de intenções apresentado pelo autuado haja referência a subprodutos ou coprodutos, a Resolução acima citada cuida apenas da

produção de biodiesel. Por se tratar de um benefício concedido ao contribuinte, a interpretação da legislação pertinente deve ser feita de forma literal. É relevante salientar que o autuado confessa na defesa que esses referidos produtos são subprodutos ou coprodutos. Dessa forma, as operações com subprodutos ou coprodutos que porventura constaram do projeto apresentado pelo autuado, mas que não são objeto da correspondente Resolução do Conselho Deliberativo do Desenvolve não são consideradas como vinculadas ao projeto aprovado.

Ressalto que o disposto no item “1” da Instrução Normativa 27/09, citada na defesa, não possui o condão de modificar o previsto na Resolução 50/10, haja que a citada Resolução é específica para o autuado, ao passo que a referida Instrução Normativa trata de uma hipótese genérica.

O defendente alega que, no mês de março de 2014, o autuante deixou de considerar o recolhimento efetuado no valor de R\$ 976,33, conforme comprovante anexado à fl. 249. Efetivamente, o demonstrativo de fl. 20 deixa evidente que o autuante não considerou esse recolhimento na auditoria fiscal, porém a inclusão desse valor não repercute na apuração do valor devido, uma vez que no mês de março de 2014 não houve exigência de imposto.

O defendente afirma que o autuante, no mês de outubro de 2014, teria considerado venda de ácido graxo e oleína no montante de R\$ 11.059,65, quando o correto seria R\$ 20.599,23. Esse argumento não se sustenta, pois o somatório das operações elencadas no demonstrativo de fls. 60 e 61 dos autos prova que o autuante acertadamente considerou o valor de R\$ 20.599,23.

Argumenta o autuado que no mês de junho de 2014 houve uma operação, no valor de R\$12.919,69, cuja nota fiscal eletrônica foi objeto de carta de correção. Todavia, o contribuinte não diz qual o número dessa nota fiscal, não informa a chave de acesso dessa nota e nem apresenta a carta de correção. Assim, esse argumento não pode ser acolhido por falta de prova que lhe dê respaldo.

No que tange às operações de CFOPs 5152/6152, 5550/6550 e 5900/6900, observo que além dos argumentos constantes na defesa, foram trazidos aos autos pelo defendente os documentos de fls. 247 a 288. Contudo, dentre esses documentos e demonstrativos apresentados pelo autuado, não há qualquer documento fiscal que ateste os fatos alegados na defesa.

Relativamente aos estornos de créditos não vinculados, o autuante elaborou o demonstrativo denominado “Anexo 28” (fls. 76 a 84), do qual o defendente recebeu cópia. O defendente questiona valores constantes nesse demonstrativo, mas não apresenta a prova de que esses créditos estornados eram atinentes a atividades vinculadas ao projeto incentivado.

Quanto às operações de CFOPs 1201/2201 e 1650/2650, referentes a devoluções de glicerina e ácido graxo, foi correto o posicionamento do autuante, uma vez que esses produtos não fazem parte das atividades vinculadas ao projeto incentivado, conforme já me pronunciei neste voto.

Afirma o defendente que no mês de dezembro de 2014 o autuante considerou como não vinculado ao projeto o valor de R\$ 6.590,38, referente a uma devolução de biodiesel B100, produto vinculado à atividade incentivada. Esse argumento não merece prosperar, pois a Nota Fiscal nº 4190 (fl. 55), segundo o Portal da Nota Fiscal Eletrônica, tem como natureza da operação “999 - *Estorno de NF-e não cancelada no prazo legal*”. Não se trata de uma devolução de saída de biodiesel, como diz o defendente, mas, sim, de cancelamento de uma nota fiscal de saída que tinha sido emitida.

O autuado diz que os valores mensais listados na tabela que apresenta à fl. 113 dos autos foram equivocadamente considerados como não vinculados ao projeto, pois se referem a materiais destinados ao seu ativo fixo para a produção de biodiesel. Não há como se acolher essa tese, porque, mais uma vez, o defendente não comprova que os bens destinados ao seu ativo eram vinculados ao projeto industrial aprovado, como prevê o item “2.2.18” da IN 27/09.

Quanto aos créditos extemporâneos, no valor de R\$ 3.881,10, a tese defensiva carece de respaldo probatório. Efetivamente, o documento de fls. 250/251 atesta que o defendente teve deferido o seu pedido de utilização extemporânea de créditos fiscais, contudo, não há qualquer comprovação de que esses créditos eram atinentes a operações ou prestações vinculadas à atividade incentivada.

Em face ao acima exposto, a Infração 01 restou caracterizada e, em consequência, são devidos os valores lançados de ofício, acompanhado da multa indicada na autuação, a qual está corretamente capitulada.

Na Infração 02, o autuado foi acusado de ter dado entrada em seu estabelecimento a mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Por essa irregularidade, foi indicada multa no valor de R\$ 471.367,34, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Quanto às notas fiscais que, segundo o defendente, foram registradas, o processo foi convertido em diligência à COPEC, para que o autuante intimasse o autuado a informar, no prazo de trinta dias, as notas fiscais que teriam sido escrituradas ou que foram canceladas, assim como as que acobertaram mercadorias devolvidas ou destinadas a outras filiais do estabelecimento.

Em atendimento a citada intimação, o autuado apresentou uma relação das notas fiscais que foram escrituradas. O autuante acolheu as informações prestadas pelo autuado e excluiu da infração em tela as notas fiscais cuja escrituração restou comprovada, o que reduziu o valor da multa de R\$ 417.367,34 para R\$ 361.496,59, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas. Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado enfatiza os termos da defesa e dos pronunciamentos posteriores, bem como acrescenta que aderiu ao Programa Concilia Bahia, tendo efetuado o pagamento correspondente a R\$ 361.489,08.

Acolho o resultado da diligência, uma vez que as exclusões foram efetuadas pelo próprio autuante, preposto fiscal que teve acesso aos livros e documentos do autuado. Além disso, saliento que o defendente, ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, se limitou a reiterar os termos da defesa e dos pronunciamentos posteriores.

Quanto aos supostos cancelamento de notas fiscais, cabia ao autuado comprovar essa sua alegação. Todavia, apesar de intimado a fazer essa comprovação no prazo de trinta dias, o defendente não apresentou prova do fato que foi por ele alegado. Dessa forma, não se sustenta esse argumento defensivo.

Já no que tange às alegadas devoluções, esse fato não desobriga o defendente de escriturar as notas fiscais correspondentes às operações, uma vez que o livro Registro de Entradas destina-se escrituração das entradas de mercadorias no estabelecimento efetuadas a qualquer título. Do mesmo modo, os contribuintes estão obrigados a escriturar as transferências, tanto internas quanto interestaduais.

A tese defensiva de que não haveria incidência de ICMS nas transferências entre estabelecimentos de uma mesma empresa não se sustenta, pois nessas transferências há incidência do imposto estadual. Além disso, os recebimentos de mercadorias em transferências devem ser lançados no livro Registro de Entradas.

Em sua defesa, o autuado também faz alusão a operações que não foram recebidas, ou que foram destinadas a outras filiais ou eram referentes a prestações de serviços. Esses argumentos defensivos não podem ser acolhidos, pois não há qualquer prova que os respaldem. O processo foi convertido em diligência, porém o autuado não apresentou comprovações desses argumentos.

Não há como prosperar a tese de que o prazo para apresentação de provas era muito exíguo, pois, além do prazo regulamentar de sessenta dias para apresentação de defesa, no cumprimento da diligência foi concedido mais trinta dias para que o defendente comprovasse seus argumentos.

O pedido para redução de multa não deve ser acolhido, pois, no caso em tela, não há como se afirmar que a falta de escrituração de notas fiscais não acarretou prejuízo ao Fisco, haja vista que no mesmo período o autuado incidiu em inobservâncias de obrigações principais, a exemplo das Infrações 01, 04, 05 e 06.

Em face ao acima exposto, a Infração 02 resta parcialmente caracterizada no valor de R\$ 361.496,59, conforme apurado na diligência. Todavia, o inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que estabelecia a multa em 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não registradas, foi alterado pela Lei nº 13.461/15, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/15, passando a ser equivalente a 1%.

Considerando o princípio da retroatividade benigna, previsto no art. 106, inc. II, “c”, do Código Tributário Nacional, aplico ao caso presente a nova redação do art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, de forma que o valor devido na Infração 02 passa para R\$ 36.149,66, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma, conforme CD-ROM à fl. 446:

DATA OCORR.	B. CÁLCULO	MULTA	VALOR
31/01/14	225.372,37	1%	2.253,72
28/02/14	492.155,95	1%	4.921,56
31/03/14	12.076,05	1%	120,76
30/04/14	75.949,43	1%	759,49
31/05/14	245.481,20	1%	2.454,81
30/06/14	578.037,39	1%	5.780,37
31/07/14	165.656,20	1%	1.656,56
31/08/14	434.732,70	1%	4.347,33
30/09/14	455.154,73	1%	4.551,55
31/10/14	169.703,93	1%	1.697,04
30/11/14	568.372,37	1%	5.683,72
31/12/14	192.273,61	1%	1.922,74
VALOR DEVIDO NA INFRAÇÃO 2			36.149,65

Na Infração 03, o autuado foi acusado de ter dado entrada em seu estabelecimento a mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Por essa irregularidade, foi indicada multa no valor de R\$ 45.781,43, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Em sua defesa, o autuado afirma que identificou notas fiscais escrituradas no valor de R\$ 9.341,89 e, prosseguindo, diz que se aplica a essa infração os mesmos argumentos atinentes à Infração 02. Na diligência, o autuante reconhece que as notas fiscais citadas na defesa foram escrituradas e, em consequência, remanesceria na Infração 03 o valor de R\$ 36.439,54.

Acolho o resultado da diligência, pois as exclusões foram efetuadas pelo próprio autuante, preposto fiscal que teve acesso aos livros e documentos do autuado. Além disso, o autuado efetuou o pagamento do valor remanescente com os benefícios do Programa Concilia Bahia, no valor de R\$ 36.439,54.

Saliento que a multa indicada na autuação está em conformidade com a infração apurada, não havendo correção a fazer. Também não vislumbro nos autos como se afirmar que o procedimento irregular do autuado não trouxe prejuízo ao Estado e, portanto, não há como se reduzir ou dispensar a multa indicada na autuação.

Dessa forma, sobre o valor que remanesce após a diligência não há controvérsia e, portanto, a Infração 03 é procedente em parte no valor de R\$ 36.439,54, ficando o demonstrativo de débito conforme o apresentado da seguir:

DATA OCORR	B. CÁLCULO	ALÍQ.	VALOR
31/01/14	145.095,00	1%	1.450,95
28/02/14	76.538,94	1%	765,39
31/03/14	22.891,76	1%	228,92
30/04/14	166.422,90	1%	1.664,23
31/05/14	178.269,60	1%	1.782,70
30/06/14	147.057,80	1%	1.470,58
31/07/14	279.791,40	1%	2.797,91
31/08/14	289.335,02	1%	2.893,35
30/09/14	219.900,00	1%	2.199,00
31/10/14	489.878,47	1%	4.898,78
30/11/14	609.752,33	1%	6.097,52
31/11/14	1.019.020,75	1%	10.190,21
VALOR DEVIDO NA INFRAÇÃO 3			36.439,54

Trata a infração 4 de falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 6.558,77, referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento.

Em sua defesa, o autuado afirmou que a diferença de alíquota referente às Notas Fiscais nºs 150404, 150402, 291306, 29550 e 2087 foi recolhida por substituição tributária. Na informação fiscal, o autuante reconhece a procedência do argumento defensivo e exclui da autuação as notas fiscais citadas na defesa, o que reduziu o valor devido para R\$ 4.240,86.

Acato as exclusões efetuadas na informação fiscal, pois foram realizadas pelo próprio autuante, preposto fiscal que executou a ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração em tela.

Pelo exposto, a Infração 04 é subsistente em parte no valor de R\$ 4.240,86, acrescido da multa indicada na autuação, a qual não carece de qualquer retificação:

DATA OCORR	VALOR
31/01/14	1.201,76
28/02/14	185,61
31/03/14	390,17
30/04/14	909,84
31/07/14	224,78
31/08/14	502,69
30/09/14	56,66
31/10/14	769,35
Total Infração 04	4.240,86

Na infração 5, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher ICMS, no valor de R\$ 166.292,27, referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Na informação fiscal, as alegações defensivas foram acatadas, exceto quanto à Nota Fiscal nº 51214. As retificações pertinentes foram efetuadas, tendo o imposto devido passado para R\$ 14.177,75. Ao se pronunciar sobre o resultado da informação fiscal, o autuado se limitou a questionar a não aplicação do Convênio ICMS 52/91 à Nota Fiscal nº 51214, bem como a pleitear a exclusão do lançamento dos valores já reconhecidos e pagos.

Acato as retificações efetuadas na informação fiscal, uma vez que estão respaldadas em documentação probante acostada aos autos e, além disso, foram feitas pelo próprio autuante, preposto fiscal que lavrou o Auto de Infração.

Já no que tange à Nota Fiscal nº 51214, assiste razão ao defendente, pois o produto relacionado nessa citada nota fiscal encontra-se listado no item “15.6” do Anexo I do Convênio ICMS 52/91 e, portanto, faz jus a redução de base de cálculo, de forma que nas operações internas a carga tributária seja equivalente a 8,80%. Como foi alegado na defesa a Resolução do Senado Federal nº 13/2012 não afasta a aplicação da redução de base de cálculo prevista no Conv. ICMS 52/91.

Considerando que na operação referente à Nota Fiscal nº 51214 a base de cálculo considerada pelo autuante foi de R\$ 125.729,11 (fl. 410), que a carga tributária na operação interestadual correspondeu a 4% (fl. 410) e que a carga tributária cabível nas operações internas é de 8,80% (Conv. ICMS 52/91), a diferença de alíquota devida quanto à operação atinente a essa referida nota fiscal é de R\$ 6.035,00.

Com base no acima exposto, expurgo do valor apurado pelo autuante na informação fiscal (R\$ 14.177,75) o montante de R\$ 10.309,79, que corresponde à diferença de alíquota lançada (R\$ 16.344,79 - ver fl. 410) e a efetivamente devida (R\$ 6.035,00). Em consequência, o valor remanescente na Infração 05 passa de R\$ 14.177,75 para R\$ 3.867,96 (R\$ 14.177,75 - R\$ 10.309,79).

Pelo exposto, a Infração 05 subsiste parcialmente no valor de R\$ 3.867,96, devido no mês de ocorrência de setembro de 2014, acrescido da multa indicada na autuação, a qual está de acordo com a legislação pertinente.

Cuida a Infração 06 de utilização indevida do crédito de ICMS, no valor de R\$7.153,54, referente a aquisições de materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento.

Em sua defesa, o autuado impugna a exigência fiscal quanto às Notas Fiscais nºs 39624, 39625, 39626, 38198, 43300 e 43301, referentes a aquisições de biocida, dispersante, inibidor de corrosão, inibidor de incrustação, hidróxido de sódio e hipoclorito de sódio, pois considera que esses materiais são insumos de seu processo industrial.

Visando a busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência à COPEC, para que o autuado fosse intimado a informar a função dos materiais em tela no seu processo produtivo. Em atendimento à intimação, o defendente apresentou a planilha que está gravada no CD-ROM de fl. 446, a qual detalha a utilização/função de cada material em questão.

Tomando por base as utilizações informadas pelo autuado no atendimento da diligência, se observa que os materiais em comento são utilizados no tratamento da água industrial como biocida, dispersante, inibidor de corrosão e de incrustação, bem como são empregados no processo de controle de qualidade. Assim, os materiais em tela não têm nenhuma afetação ou participação direta no processo produtivo do autuado e, portanto, não se classificam como insumos, mas, sim, como materiais de uso e consumo.

Considerando que nos termos do art. 33, I, da LC 87/96, a utilização de crédito fiscal referente a aquisição de materiais de uso e consumo só será permitida a partir de 01 de janeiro de 2020, foi acertado o procedimento do autuante.

As alegações defensivas atinentes ao princípio da não cumulatividade não se mostram capazes de elidir a autuação, pois não cabe a este colegiado negar aplicação da lei posta.

Em face ao acima exposto, a Infração 06 é subsistente, sendo devidos os valores exigidos na autuação, acompanhados da multa corretamente indicada pelo autuante.

Trata a Infração 08 de declaração incorreta nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas por meio de arquivo eletrônico DPD - Declaração Mensal de Apuração do Programa Desenvolve.

De acordo com a descrição do fato no Auto de Infração, a inobservância da obrigação acessória tratada nesta infração é apurada pelo confronto do Anexo A do Auto de Infração com os valores constantes nas Declarações Mensais de Apuração do Programa Desenvolve. Considerando que o Anexo A trata da apuração da Infração 01, fica claro que a Infração 08 é uma consequência direta daquela primeira infração.

Como a Infração 01 é subsistente, o descumprimento da obrigação acessória tratada na Infração 08 resta, por via de consequência, caracterizada. Porém, a multa cabível para a Infração 08 fica absorvida pela penalidade aplicada na Infração 01, nos termos do §5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Desse modo, apesar de o descumprimento de obrigação acessória restar comprovado, a Infração 08 não subsiste.

Voto, portanto, pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$ 307.303,95, conforme o demonstrativo abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos:

Infrações	Auto Infração	Julgamento	Valor Devido
1	218.992,39	Procedente	218.992,39
2	471.367,34	Proc. em Parte	36.149,65
3	45.781,43	Proc. Em Parte	36.439,54
4	6.558,77	Proc. em Parte	4.240,86
5	166.292,27	Proc. em Parte	3.867,96
6	7.153,54	Procedente	7.153,54
7	460,00	Procedente	460,00
8	5.520,00	Improcedente	00,00
TOTAL			307.303,94

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269354.0002/15-0**, lavrado contra **PETROBRÁS BIOCOMBUSTÍVEL S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$234.254,75**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$73.049,19**, previstas nos incisos IX, XII e XX, do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

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, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR