

A. I. Nº - 298958.3001/16-5
AUTUADO - NATULAB LABORATÓRIO S.A
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO- INTERNET 02.06.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-02/17

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAIS DE CONSUMO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias e bens destinados ao consumo do próprio estabelecimento é devido o imposto referente à diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Argumentos defensivos acolhidos parcialmente pelo autuante na revisão do levantamento fiscal resultaram na diminuição do débito. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade, o pedido para realização de diligência fiscal e para cancelamento da multa pelo descumprimento da obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/06/2016, para exigência de ICMS no valor de R\$767.460,95, sob acusação do cometimento da seguinte infração:

01 – 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Data do fato gerador: janeiro/2013 a dezembro/2015. (demonstrativos fls. 08 a 93 e CD fl.94)

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 13/07/2016, através da Intimação e Aviso de Recebimento dos Correios, e representado pelo seu advogado, apresenta impugnação ao lançamento tributário, fls. 99 a 112, nos seguintes termos.

Inicialmente salienta que a presente defesa é tempestiva, em razão de que seu prazo de defesa iniciou sua fluência no dia 13/07/2016, tendo como *dies ad quem* o dia 11/09/2016 (domingo), prorrogado para o primeiro dia útil seguinte, dia 12/09/2016 (segunda-feira), o prazo de 60 (sessenta) dias para impugnação fiscal estabelecido pela novel redação do COTEB, atribuída pela Lei nº 13.199/14.

Em seguida, requereu a reunião do presente auto de infração com o Auto de Infração nº 298958.0006/16-6 lavrado na mesma data e pelo mesmo auditor fiscal ora autuante, contra a empresa autuada.

Destaca que a situação vertente pode implicar, como de fato se verifica, na cobrança de impostos e multas em verdadeiro efeito cascata, atacando-se elementos ora da matriz ora da filial, gerando-se, inclusive dificuldade no exercício do seu direito de defesa, sem se falar em excesso de exação, com obtenção de vantagem indevida pelo Estado autuante.

Transcreve o artigo 166 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB) e os artigos 103, 105 e 106 do Código de Processo Civil, para aduzir que se aplica subsidiariamente ao Processo Fiscal.

Assevera que não há dúvida, portanto de que, havendo colidência entre objeto ou causa de pedir, reputam-se conexas duas ou mais ações, devendo os feitos serem reunidos para julgamento simultâneo, sendo competente o julgador que despachou o processo em primeiro lugar.

Salienta que dita medida visa, inclusive, evitar-se decisões conflitantes dentro da mesma esfera de julgamento, razão pela qual, entende que o presente auto de infração deve ser reunido com o anteriormente informado para decisão simultânea, o que fica de logo requerido.

Sobre o tema, transcreve trecho da jurisprudência do C. CONSEF, referente ao julgamento do Auto de Infração nº 03361479/97, lavrado contra ARARUNA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (ACÓRDÃO CJF Nº 0219-11/02).

Assim, entende que dita situação enseja na NULIDADE do presente Auto de Infração, conforme entendimento consolidado neste CONSEF, o que de logo foi pleiteado.

Adiante alega que, considerando o porte do seu estabelecimento, e diante da exiguidade do prazo para defesa em relação ao volume de dados a ser levantados, informa que parte dos documentos juntados à presente foi levantado por amostragem.

Deste modo, diz que a comprovação total dos levantamentos deverá se dar por meio de perícia por auditor diverso do autuante, o que de plano ficou requerido.

Em sequência, transcreve a imputação, e argui em preliminar que não foi cumprido o artigo 39, inciso III, do RPAF/99, pois não houve a clareza e precisão necessárias ao exercício do direito de sua defesa.

Observa que a alegação é deveras genérica, dando azo ao englobamento de inúmeras situações, dentro dos campos das hipóteses, exatamente o que a legislação de regência busca evitar.

Chama a atenção que não foi observado que a empresa é beneficiada pelo programa DESENVOLVE, instituído pela Lei 7.980/2001, elemento esse de essencial importância do esclarecimento da infração, não sendo suficiente a determinar com segurança a infração.

Além disso, diz que não foram informados, ainda, que os itens objeto de autuação foram para ampliação da planta de produção, incluindo automação, do estabelecimento, elemento muito importante para descaracterizar a exação.

Por conta disso, entendendo que a autuação está longe de ser precisa e clara, pugna para que a mesma seja declarada nula de pleno direito, nos termos do artigo 18 do RPAF.

No mérito, argui que não merecem prosperar os argumentos do autuante, em virtude ser beneficiado pelo programa DESENVOLVE, instituído pela Lei 7.980/2001, que, por sua vez, estabelece direitos e obrigações ao seu beneficiário, nos termos do PROTOCOLO DE INTENÇÕES colacionado em anexo (fls.153 a 157).

Explica que o referido protocolo estabelece em sua cláusula terceira, que versa sobre os compromissos fiscais e financeiros do estado, item “a”, que fica garantida a dilação de parte do imposto devido, nos seguintes termos: *“a) será concedido a dilação de parte do imposto devido por um período de até 72 setenta e dois meses, contados a partir da data do pagamento da parcela correspondente à diferença do saldo devedor mensal do ICMS normal e o percentual da parcela fruto da dilação.”*

Ou seja, sustenta que está em pleno gozo do benefício do DESENVOLVE.

Além disso, transcreveu o inciso XXV do artigo 286 do RICMS 2012, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, para argumentar que este garante-lhe direito, ao diferimento do lançamento do ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação.

Afirma que os itens objeto da autuação foram todos, em sua grande maioria, destinados à ampliação da planta de produção do seu estabelecimento, incluindo automação, fato que diz não ter sido mencionado pela fiscalização, razão pela qual, sustenta que a presente autuação resta fulminada pela nulidade.

Além disso, diz que foram incluídas no levantamento fiscal, notas fiscais objeto de devolução

por parte da empresa que foram desconsideradas pelo autuante.

Desta forma, salienta que, ainda que não se declare nula, deve a autuação ser julgada improcedente, consoante visto, em razão de que goza do benefício do DESENVOLVE, além do que goza do benefício do diferimento do ICMS do diferencial de alíquota.

Cita alguns elementos, obtidos por amostragem, cujos documentos foram acostados à defesa, fls.158 a 299, que sustenta comprovar equívoco no lançamento fiscal:

- *NFE de no. 188341 escriturada no mês 02/2013: não incide o ICMS conforme o artigo 7, Inciso XIII do Decreto nº 45.480 de 30-11-00 (livro), conforme o artigo 32, Inciso I da Lei nº 7.014/1996*
- *NFE de no. 2494 escriturada no mês 11/2013: Não incide o ICMS conforme o artigo 39, Inciso VIII da Lei nº 7.014/1996, já que se trata de compra de produtos usados com mais de um ano de uso.*
- *A NFE's de no. 38 e 39 são bens de 30 para uso no estabelecimento da autuada(Natulab) e posteriormente retornará (aluguel), conforme o artigo 33, inciso XVI da Lei nº 7.014/1996.*
- *As NFE de no 89469, 89470, 232654, 232655, 233269 são relativas a aquisição de caminhão para a frota da empresa entregar os produtos fabricados na indústria, se enquadrando no conceito de automação necessária ao escoamento da produção e, portanto, beneficiária do diferimento.*
- *Há diversas notas de aquisição de outros itens de automação destinados ao desenvolvimento de novos produtos, linha de produção e teste de qualidade, beneficiárias do diferimento.*
- *Há diversas notas destinadas à ampliação da planta de construção da fábrica da autuada, igualmente beneficiárias do diferimento.*
- *Há notas fiscais relacionadas a compra de mercadorias para investimento na frota, à adequar a temperatura dos baús dos caminhões para a entrega das medicamentos, beneficiárias do diferimento.*
- *A NFE de nº 715870 escriturada no mês 04/2013, com o CFOP 2.556, foi devolvida através da nossa NFE de nº 37102, data de emissão 27/04/2013.*
- *A NFE de nº 43901 escriturada no mês 06/2013, com o CFOP 2.556, foi devolvida através da nossa NFE de nº 38556, data de emissão 24/06/2013.*
- *A NFE de nº 28696 escriturada no mês 09/2013, com o CFOP 2.556, foi devolvida através da nossa NFE de nº 778, data de emissão 10/09/2013.*
- *A NFE de nº 5929 escriturada no mês 10/2013, com o CFOP 2.556, foi devolvida através da nossa NFE de nº 1740, data de emissão 22/10/2013.*
- *A NFE de nº 38 escriturada no mês 11/2013, com o CFOP 2.556, foi devolvida através da nossa NFE de nº 2894, data de emissão 11/12/2013.*
- *A NFE de ns 39 escriturada no mês 11/2013, com o CFOP 2.556, foi devolvida através da nossa NFE de nº 2891, data de emissão 11/12/2013.*
- *A NFE de maquinários destinados a Produção e parte de peças adquiridas para montar as máquinas que foram compradas no exterior e no mercado interno, conforme artigo 2º Do Decreto nº 8413 de 30/12/2002, Inciso I, alínea C, e Inciso IV.*

Considerou inaplicável a multa, analisando a sua natureza jurídica, cita a jurisprudência no âmbito judicial, para sustentar que não resta a mínima dúvida quanto à natureza sancionatória, punitiva, não-indenizatória da multa moratória, que é imposta pelo Fisco estadual, configurando mais uma vez o confisco do patrimônio do contribuinte de um lado e do outro o enriquecimento ilícito do Erário estadual.

Assim, diante de todo o exposto, e das demais provas documentais que diz serão oportunamente carreadas aos autos, pugna pelo julgamento improcedente do presente auto de infração, medida que entende se apresentar como sendo da mais lúdima justiça.

Argumenta que não há como prosperar a autuação em questão, em razão de que a mesma lastreia-se em fatos inexistentes não passando de mera ficção jurídica pautada em levantamento fragilizado que não dá qualquer suporte jurídico à exação.

Desta forma, requereu a designação de diligência fiscal, nos termos do artigo 145 do RPAF, a ser realizada por preposto diverso do autuante, com a finalidade de auditar os valores indicados pelo mesmo na referida autuação, requerendo que seja afastada da autuação imputações/penalidades que não restem comprovadamente materializadas, levando-se em consideração as provas juntadas por amostragem.

Diante do exposto, requer que o presente Auto de Infração seja reunido por conexão ao Auto de Infração de número 298958.0006/16-6; e julgado NULO/ARQUIVADO, ou, caso sejam ultrapassadas as preliminares suscitadas, que, no mérito seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE, pelas razões supra elencadas, afastando-se a exação, em razão do recolhimento dos tributos, bem como o cancelamento da multa, considerando a sua boa-fé e o efetivo recolhimento do ICMS.

Registra que pretende provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidas para serem produzidos durante a instrução, indicados, de logo, a juntada posterior de documentos, inclusive em contra-prova; diligência para revisão de fiscalização por preposto diverso do autuante; sustentação oral perante as Juntas/Conselhos do CONSEF; oitiva de testemunhas, tudo, *ex-vi* do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Requer, por fim, que todas as intimações que digam respeito ao presente Processo Administrativo Fiscal sejam realizadas em nome do Bel. WALTER NEY VITA SAMPAIO (OAB/BA 17504) pessoalmente, via correios e/ou via e-mail eletrônico (walterney@yahoo.com.br), inclusive para as sessões de julgamento, que manifesta de logo interesse em se fazer presente e sustentar oralmente suas razões de defesa, sob pena de nulidade.

O autuante presta informação fiscal às fls. 301 a 306, na qual, rebate os argumentos defensivos na forma seguinte.

Com relação ao pedido o patrono do autuado para a reunião do presente Auto de Infração com o Auto de Infração de nº. 298958.0006/16-1 lavrado na mesma data e pelo mesmo Auditor Autuante, contra a suplicante, o autuante não acolheu o pedido do autuado, sob o argumento de que os referidos PAF's tratam de Infrações diversas.

Quanto ao pedido para a decretação da nulidade do presente PAF, alegando o sujeito passivo ser beneficiário do programa DESENVOLVE, instituído pela Lei 7.980/2001, este também foi refutado pelo autuante, pois, o auto de Infração ora em lide, contém todos os elementos aludidos como faltantes, encontrando-se pormenorizadamente discriminados ao rodapé de cada uma das infrações apontadas, bem como, os valores correspondentes às correções monetárias, acréscimos e juros, perfeitamente discriminados no "Demonstrativo de Débito" constante nas fls. 04 a 06 do PAF em lide.

Pontua que, apesar de o autuado ser beneficiário do programa DESENVOLVE, não está desobrigado do recolhimento do diferencial de alíquota sob mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação, e destinadas a uso e consumo do estabelecimento. Observa que às fls. 08 a 93 do PAF, no demonstrativo de débito, o próprio autuado, em sua grande maioria, classifica tais produtos com o CFOP 2556 - Compra de material para uso ou consumo, bem como, classifica outros produtos, no entender do autuante, erroneamente, com o CFOP 2551 - Compra de bem para o ativo imobilizado, quando em verdade são produtos também destinados a uso e consumo do estabelecimento ou peças de reposição, que também deveriam ter sido classificadas com o CFOP - 2556. Citou como exemplos os produtos BILOBALIDE AHP 26mg 1 kg; ISORHAMNETINA P 25 mg

1 kg; KAEMPFEROL 15 MG, 2 um; MODULO VENTILADOR MAD. DLVA, 1 PÇ; CURVA 902TC 304 DIAM 1P; FRASCO P 1500 RK; NIPLE ADAP DE MANG TC 304 DIAM 1; etc.

Reconhece como procedentes as alegações do impugnante quanto as Notas Fiscais de nº. 188341, 2494, 38, 39, 89469, 89470, 232654, 232655, 233269, 715870, 43901, 28696 e 5929, e informa que as mesmas foram excluídas do novo demonstrativo de débito que ora anexou ao PAF (fls.307 a 391).

Conclui que, diante do acatamento parcial das alegações defensivas, e efetuados os expurgos pertinentes constantes no PAF ora em lide, correspondentes ao refazimento do Demonstrativo de Débito para a mesma, reclama em favor da Fazenda Pública Estadual um crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 703.858,45.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.393 a 394, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls. 301 a 306, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls.397 a 398, arguindo o seguinte.

Inicialmente salienta que a presente manifestação é tempestiva em razão de que, tendo sido intimado no dia 22/11/2016, tem o dia 02/12/2016 como *dies ad quem* do seu prazo.

Destaca que na informação fiscal em voga, o autuante reconheceu parcela das alegações de defesa, mostrando-se, entretanto, irredutível no que concerne a elementos cruciais de direito.

Pontua que consoante aduzido em sede de defesa, os itens objeto da autuação foram destinados à ampliação da planta de produção, ensejando na dilação constante do artigo 268, I, do RICMS/2012, assim como no protocolo de intenções do DESENVOLVE que juntou com a defesa.

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

I - nas saídas de máquinas, aparelhos, motores, móveis e vestuários usados, calculando-se a redução em 80%, observada o seguinte (Conv. ICM 15/81):

Salienta, ainda, que os itens apresentados em sede de defesa foram relacionados por amostragem, indicando a necessidade de perícia por auditor diverso do autuante, a fim de afastar equívocos de lançamento de semelhantes naturezas, o que de logo requereu.

Com base nisso, ratifica os elementos de defesa em todos os seus termos, sustentando não assistir razão para os argumentos postos na informação fiscal, por entender que contrariam a legislação tributária em vigor, ao ponto em que ratifica a necessidade de produção pericial por auditor diverso do autuante, para que ao final seja julgada improcedente a autuação. Nesse sentido, pede deferimento.

O autuante acostou uma informação fiscal às fls. 400 a 401, referente ao Auto de Infração nº 298958.0006/16-6, destacando que o autuado em sua nova peça defensiva não traz fato que já não tenha sido redarguido na informação anterior. Dito isto, declarou o acatamento parcial das alegações defensivas em sua primeira informação com a redução do débito para o valor de R\$176.058,29.

VOTO

Em preliminar, o patrono do sujeito passivo requereu a reunião do presente auto de infração com o Auto de Infração nº 298958.0006/16-6 lavrado na mesma data e pelo mesmo auditor fiscal ora autuante, contra a empresa autuada.

O artigo 40 do RPAF/99, prevê: “*Em casos especiais, mediante justificativa circunstanciada do Auditor Fiscal, o Inspetor Fazendário poderá autorizar a lavratura de 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, anexando-se a cada Auto cópia da justificativa e da autorização.*”

Não consta nos autos autorização do Inspetor Fazendário para a lavratura dos autos de infração relacionados com o mesmo período, porém, como será visto a seguir, os dois autos de infrações, em que pese se referirem ao mesmo período, tratam de situações completamente diversas.

Na fase de instrução do processo, solicitei que a Secretária desta Junta de Julgamento Fiscal anexasse cópia do auto de Infração acima citado, sendo este pedido atendido, consoante documentos de fls.402 a 416.

Analisando o referido auto de infração, constatei o mesmo versa sobre seis infrações, completamente diversas da que cuida o presente processo, senão vejamos:

Infração 01 – 01.02.41 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, decorrente de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais.

Infração 02 - 02.04.03 – falta de recolhimento do ICMS nas entradas de refeições destinadas a consumo dos funcionários.

Infração 03 – 07.02.02 – retenção e recolhimento a menor do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, sobre vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Infração 04 – 16.01.01 – entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro da escrita fiscal – aplicação de multa.

Infração 05 – 16.01.02 - – entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro da escrita fiscal – aplicação de multa.

Infração 06 – 03.01.01 - recolhimento a menor do ICMS em decorrência de desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto.

Portanto, os fatos acima lavrados através de outro auto de infração, não causaram qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa, e não implicou na cobrança de impostos e multas em verdadeiro efeito cascata, nem interfere na decisão sobre a lide neste processo, conforme alegado na defesa.

Quanto a preliminar de nulidade de que não foi obedecido o devido processo legal, constato que não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Além do mais, observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contêm todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Sobre o argumento de que não foram informados, ainda, que os itens objeto de autuação foram para ampliação da planta de produção, incluindo automação, do estabelecimento, elemento muito importante para descaracterizar a exação, bem como, inclusão indevida de determinados dados no levantamento fiscal, consigno não são questões nulidade e sim de mérito, as quais, serão analisadas no momento próprio, qual seja, após análise das questões preliminares.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

Foi ainda alegado na defesa que, considerando o porte do seu estabelecimento, e diante da exiguidade do prazo para defesa em relação ao volume de dados a ser levantados, parte dos documentos juntados à presente foi levantado por amostragem, e que tal comprovação total dos levantamentos deverá se dar por meio de diligência/perícia por auditor diverso do autuante, com a finalidade de auditar os valores indicados pelo mesmo na referida autuação. Não acolho este pedido de perícia, com fulcro no artigo 147, I, “b” e II, “b”, do RPAF/99, pois o auto contém os elementos necessários para uma discussão sobre a lide.

Igualmente fica indeferido o pedido de juntada posterior de documentos requerida pela defesa, tendo em vista que conforme artigo 123, § 5º, do RPAF/99, *in verbis*: § 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos, o que não ocorreu por parte do autuado.

Quanto ao pedido para que todas as intimações que digam respeito ao presente Processo Administrativo Fiscal sejam realizadas em nome do Bel. WALTER NEY VITA SAMPAIO (OAB/BA 17504) pessoalmente, via correios e/ou via e-mail eletrônico (walterney@yahoo.com.br), inclusive para as sessões de julgamento, inexistiu óbice a seu atendimento, desde que respeitado o disposto no artigo 108 do RPAF/99.

Na Sessão de Julgamento, ao examinar as peças processuais, verificou-se que a informação fiscal de fls.400 a 401, se refere a outro auto de infração, mais precisamente o de número 298958.0006/16-6 em nome do autuado, porém, a mesma foi desconsiderada por não interferir na decisão sobre o auto de infração em lide.

No mérito, o fulcro da autuação diz respeito a exigência de ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Os fatos geradores correspondem ao período de janeiro/2013 a dezembro/2015, e os débitos lançados no demonstrativo de débito encontram-se demonstrados às fls.08 a 93 e CD fl.94.

A diferença entre a alíquota interna do ICMS do Estado destinatário e a alíquota interestadual aplicável na operação conhecida como DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA, será exigida nas aquisições interestaduais de mercadoria destinada a compor o ativo imobilizado ou para serem utilizadas como material de uso ou consumo do contribuinte adquirente (art. 2º, IV combinado com artigo 4º, XV, da Lei nº 7.014/96), norma regulamentada pelo Decreto 6.284/97 (1º, § 2º, IV do RICMS /BA).

Cabível lembrar que tal exigência encontra seu fundamento de validade na própria Constituição Federal (art. 155, § 2º, incisos VII e VIII).

Na defesa foi argumentado que:

- a) Não foi observado que a empresa é beneficiada pelo programa DESENVOLVE, instituído pela Lei 7.980/2001, nos termos do PROTOCOLO DE INTENÇÕES colacionado em anexo (fls.153 a 157), no qual, estabelece em sua cláusula terceira, que versa sobre os compromissos fiscais e financeiros do estado, item a, que fica garantida a dilação de parte do imposto devido.
- b) O RICMS 2012, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, no artigo 286, garante-lhe direito, ao diferimento do lançamento do ICMS nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação.
- c) Os itens objeto da autuação foram todos, em sua grande maioria, destinados à ampliação da planta de produção da autuada, incluindo automação.
- d) Foram incluídas no levantamento fiscal, notas fiscais objeto de devolução por parte da autuada que foram desconsideradas por parte do autuante.

e) Alguns elementos, obtidos por amostragem, cujos documentos foram acostados à defesa, fls.158 a 299, comprovam equívoco no lançamento fiscal, e descritos nas páginas 106 a 108.

Quanto aos motivos elencados nos itens “a”, “b” e “c”, o fundamento da defesa é de que os materiais objeto da autuação não se tratam de bens de uso e consumo, pois se referem a bens destinados ao ativo fixo da empresa, não sujeitos ao diferencial de alíquota, tendo em vista o benefício do diferimento de que goza por força do que dispõe o art. 1º, II, a, da Resolução nº 81/2003.

Analisando a citada resolução, fl.150, constata-se que realmente foi concedido o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, do diferencial de alíquotas, pelas aquisições em outra unidade da Federação, de bens destinados ao ativo fixo, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, para o momento em que ocorrer sua desincorporação do ativo imobilizado e foi editada por força do PROTOCOLO DE INTENÇÕES acima citado.

Ocorre que, conforme cláusula sétima o referido protocolo de intenções, entrou em vigor no dia 27/05/2003, pelo prazo de 24 meses.

Sendo assim, entendo que os produtos descritos no levantamento fiscal de fls.8 a 93, não podem ser considerados como utilizados na ampliação de sua planta industrial, visto que, os fatos geradores remontam ao período de janeiro de 2013 a dezembro de 2015, e o autuado não trouxe aos autos a comprovação de que houvera, mediante acordo com o Governo do Estado da Bahia, a prorrogação do protocolo de intenção ora analisado.

Ademais, verifico que estão especificadas no levantamento fiscal constante às fls. 8 a 93, quais foram as mercadorias consideradas pela fiscalização como de uso e consumo, sendo esclarecido pelo autuante, e não foi negado pelo autuado, que a empresa classificou os produtos com o CFOP 2556 - Compra de material para uso ou consumo, bem como, classificou outros produtos, erroneamente, com o CFOP 2551 - Compra de bem para o ativo imobilizado, produtos também destinados a uso e consumo do estabelecimento ou peças de reposição, que também deveriam ter sido classificadas com o CFOP – 2556, a exemplo, dos produtos BILOBALIDE AHP 26mg 1 kg; ISORHAMNETINA P 25 mg 1 kg; KAEMPFEROL 15 MG, 2 um; MODULO VENTILADOR MAD. DLVA, 1 PÇ; CURVA 902TC 304 DIAM 1P; FRASCO P 1500 RK; NIPLE ADAP DE MANG TC 304 DIAM 1; etc.

A respeito das peças de reposição, classificadas pelo autuado no CFOP 2556, foi correto o autuante em considerar como material para uso e consumo, pois, esse é o entendimento da SEFAZ, conforme PARECER nº 22886/2013, datado de 09/09/2013, da GECOT/DITRI, abaixo transcrito:

“ICMS. PEÇAS DE REPOSIÇÃO. As aquisições de peças e partes de reposição, destinadas à manutenção das máquinas e equipamentos pertencentes ao ativo imobilizado do estabelecimento adquirente, não geram direito ao crédito do ICMS, visto que se caracterizam como materiais de uso e consumo.

O Consulente, atuando neste Estado na execução de serviços de engenharia - CNAE 7112000 (atividade principal), dirige consulta a esta Administração Tributária, nos moldes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, solicitando orientação no tocante à possibilidade de apropriação dos créditos fiscais relativos às aquisições de peças de reposição de bens pertencentes ao seu ativo imobilizado, na forma a seguir exposta:

Informa a Consulente que trabalha com diversas atividades correlacionadas à atividade de engenharia, dentre elas a captação, tratamento e distribuição de água, construção de edifícios, usina de compostagem, recuperação de sucatas de alumínio, recuperação de materiais plásticos, dentre outras. Para exercer/explorar suas atividades de forma particular, é necessário a utilização de máquinas, equipamentos, ferramentas e insumos específicos para emprego na produção e beneficiamento.

O processo de produção da empresa passa por sistemas complexos e raros de beneficiamento, com o emprego de mão-de-obra qualificada e utilização de especialidades incomuns. Para gerar

o produto final, é necessário a utilização de vários equipamentos e maquinários específicos e de desgaste na linha de produção, exigindo corriqueiramente que suas partes e peças sejam repostas pelo desgaste no processo produtivo, o que acarreta um elevado custo de reposição para manutenção da produtividade.

Diante do exposto, entende a Consulente que este custo com a reposição das partes e peças empregadas nos maquinários e equipamentos são parte do produto final, em termos de tributação, e questiona se é CORRETO a apropriação do crédito fiscal oriundo das aquisições das partes e peças dos equipamentos e maquinários inerentes ao seu processo produtivo. Ressalta, por fim, que as referidas aquisições se dão dentro e fora do Estado da Bahia, e que os produtos assim adquiridos destinam-se exclusivamente ao uso no processo de produção.

RESPOSTA

Para melhor elucidação da matéria ora consultada, cumpre-nos salientar inicialmente a distinção existente entre os conceitos de peças sobressalentes e peças de reposição. As primeiras são fornecidas juntamente com o bem principal, para garantia de sua operacionalidade, e são contabilizadas como parte do bem, para fins de depreciação. Já as peças de reposição são as que suprem o desgaste que decorre do uso normal do equipamento ou maquinário, sendo contabilizadas como despesas, não compondo o conceito de ativo imobilizado.

Nesse contexto, temos que as aquisições de peças e partes de reposição, destinadas à manutenção das máquinas e equipamentos pertencentes ao ativo imobilizado da Consulente, não geram direito ao crédito do ICMS, visto que se caracterizam como materiais de uso e consumo do estabelecimento, e não como insumos do processo industrial, ou mesmo como partes integrantes do bem originalmente adquirido.

Ressalte-se, por fim, que caso a empresa tenha se creditado indevidamente do imposto relativo às aquisições dos referidos materiais de uso e consumo (partes e peças de reposição destinadas ao seu maquinário), deverá dirigir-se à sua Inspetoria Fazendária para regularização de sua escrita fiscal.

Respondido o questionamento apresentado, informamos que, conforme determina o artigo 63 do RPAF (Dec. nº 7.629/99), no prazo de vinte dias após a ciência da resposta à presente consulta deverá a Consulente acatar o entendimento apresentado neste opinativo, ajustando-se à orientação recebida.

É o parecer.

Parecerista: CRISTIANE DE SENA COVA

GECOT/Gerente: 12/09/2013 – CRISTIANE DE SENA COVA

DITRI/Diretor: 19/09/2013 – JORGE LUIZ SANTOS GONZAGA”

Acolho as informações trazidos aos autos por ocasião da informação fiscal, e em especial quanto as notas fiscais de nº. 188341, 2494, 38, 39, 89469, 89470, 232654, 232655, 233269, 715870, 43901, 28696 e 5929, que foram excluídas do novo demonstrativo de débito anexado às fls.307 a 391, visto que, ao ser dada a oportunidade de manifestação ao sujeito passivo, este insistiu apenas na sua defesa de que não foi observado o diferimento de suas operações, questão já apreciada acima.

Portanto, considerando que na informação fiscal o autuante esclareceu que os CFOPs para cujas operações está sendo exigido o diferencial de alíquota, lançados pelo próprio contribuinte é 2556 - aquisição interestadual de bens para uso e consumo do estabelecimento, não guarda relação, portanto, com o diferimento de que trata a Resolução 81/2003.

Além do mais, analisando o levantamento fiscal de fls.08 a 93, constata-se que as mercadorias estão especificadas tem características de uso e consumo, tais como, válvulas, plug, parafuso, arruela, porcas, fita, filtros, curvas, niple, cartucho, resistência, isolante, luvas, selos, rolamentos, brocas, laminas, botas de segurança, termômetro, abraçadeiras, café, alimentos, água mineral,

refrigerantes, etc. Verifiquei, ainda, que alguns bens têm características de bens do ativo imobilizado, tais como: carroceria, compressor, notebook, motores.

O sujeito passivo, por seu turno, apresentou na defesa (fls.158 a 299), cópias de diversas notas fiscais visando comprovar os produtos objeto da autuação que não estariam sujeitos ao diferencial de alíquotas e que algumas notas fiscais tiveram as mercadorias devolvidas. Quanto às notas fiscais de devoluções, o autuante concordou com a defesa e as excluiu do levantamento fiscal. No caso das demais aquisições, constato que a fiscalização baseou-se na classificação feita pelo próprio autuado, no livro fiscal, como sendo de bens para uso e consumo. Para descaracterizar que houve erro de escrituração o autuado deveria trazer as provas neste sentido, o que não foi feito. Ressalto, ainda, para comprovar o alegado, caberia ao autuado de posse do levantamento fiscal apontar objetivamente quais as mercadorias que foram utilizadas na implantação/ampliação de suas instalações, apresentado um levantamento neste sentido, haja vista que o trabalho fiscal contempla produtos com características de uso e consumo.

Nesta condição, os produtos declarados no livro fiscal (CFOP 2556) como de uso e consumo pela empresa e que originaram a autuação além de não se enquadrar no conceito de bens do ativo imobilizado, de modo que sejam considerados para gozo do diferimento do diferencial de alíquota concedido através da Resolução nº 81/2003, como dito acima, seriam inaplicáveis à referida resolução.

Quanto a alegação de que os itens objeto da autuação foram destinados à ampliação da planta de produção, ensejando na dilação constante do artigo 268, I, do RICMS/2012, assim como no protocolo de intenções do DESENVOLVE, entendo não aplicável tal redução no caso dos autos, uma vez que o cálculo do débito foi feito sobre as entradas de mercadorias para uso e consumo, enquanto que a redução que trata o referido dispositivo, aplica-se sobre as saídas de máquinas, aparelhos, motores, móveis e vestuários usados.

Desta forma, mantenho o lançamento, com a redução do débito apurado na informação fiscal, por restar caracterizado que as mercadorias foram adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, sendo devido o ICMS, a título de diferença de alíquotas, calculado sobre a diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições dos produtos anteriormente referidos, conforme determinam os artigos 1º, § 2º, inciso IV e 5º, inciso I, do RICMS/97.

Quanto a alegação defensiva de confiscatoriedade da multa de 60%, observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, "f", da Lei nº 7.014/96, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Sendo assim, com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, a mesma está prevista no dispositivo acima citado, portanto é legal, e sua aplicação se justifica na medida em que restou caracterizada a infração contemplada no auto de infração, não se aplicando a jurisprudência citada na defesa. Também não pode ser acatado o pedido de suas exclusões ou reduções, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$703.858,44, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/01/2013	09/02/2013	47.971,76	17,00	60,00	8.155,20
28/02/2013	09/03/2013	11.023,47	17,00	60,00	1.873,99

31/03/2013	09/04/2013	22.102,82	17,00	60,00	3.757,48
30/04/2013	09/05/2013	35.982,47	17,00	60,00	6.117,02
31/05/2013	09/06/2013	4.660,82	17,00	60,00	792,34
30/06/2013	09/07/2013	28.685,18	17,00	60,00	4.876,48
31/07/2013	09/08/2013	49.536,94	17,00	60,00	8.421,28
31/08/2013	09/09/2013	42.915,82	17,00	60,00	7.295,69
30/09/2013	09/10/2013	342.072,47	17,00	60,00	58.152,32
31/10/2013	09/11/2013	116.829,06	17,00	60,00	19.860,94
30/11/2013	09/12/2013	323.514,29	17,00	60,00	54.997,43
31/12/2013	09/01/2014	49.360,82	17,00	60,00	8.391,34
31/01/2014	09/02/2014	311,65	17,00	60,00	52,98
28/02/2014	09/03/2014	23.360,35	17,00	60,00	3.971,26
31/03/2014	09/04/2014	13.567,12	17,00	60,00	2.306,41
30/04/2014	09/05/2014	91.922,18	17,00	60,00	15.626,77
31/05/2014	09/06/2014	12.248,53	17,00	60,00	2.082,25
30/06/2014	09/07/2014	22.209,82	17,00	60,00	3.775,67
31/07/2014	09/08/2014	555.404,94	17,00	60,00	94.418,84
31/08/2014	09/09/2014	314.010,47	17,00	60,00	53.381,78
30/09/2014	09/10/2014	78.842,00	17,00	60,00	13.403,14
31/10/2014	09/11/2014	82.358,35	17,00	60,00	14.000,92
30/11/2014	09/12/2014	211.167,18	17,00	60,00	35.898,42
31/12/2014	09/01/2015	281.103,76	17,00	60,00	47.787,64
31/01/2015	09/02/2015	248.118,53	17,00	60,00	42.180,15
28/02/2015	09/03/2015	303.557,29	17,00	60,00	51.604,74
31/03/2015	09/04/2015	262.079,41	17,00	60,00	44.553,50
30/04/2015	09/05/2015	189.588,41	17,00	60,00	32.230,03
31/05/2015	09/06/2015	50.837,35	17,00	60,00	8.642,35
30/06/2015	09/07/2015	88.768,29	17,00	60,00	15.090,61
31/07/2015	09/08/2015	31.544,65	17,00	60,00	5.362,59
31/08/2015	09/09/2015	41.560,71	17,00	60,00	7.065,32
30/09/2015	09/10/2015	9.172,06	17,00	60,00	1.559,25
31/10/2015	09/11/2015	22.054,47	17,00	60,00	3.749,26
30/11/2015	09/12/2015	34.797,35	17,00	60,00	5.915,55
31/12/2015	09/01/2016	1.785,92	17,00	60,00	16.507,50
			TOTAL		703.858,44

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 **298958.3001/16-5**, lavrado contra **NATULAB LABORATÓRIO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$703.858,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 23 de maio de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR