

A.I. Nº - 279757.0083/15-8
AUTUADO - TIMAC AGRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES LTDA
AUTUANTES - ISRAEL CAETANO e AGILBERTO MARVILA FERREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 29. 05. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0060-01/18

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOR. NÃO INCLUSÃO DE CRÉDITO FISCAL NA COMPENSAÇÃO DA APURAÇÃO DO IMPOSTO PASSÍVEL DE INCENTIVO PELO DESENVOLVE. Crédito fiscal vinculado ao projeto incentivado não foi compensado na apuração do saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE. Redução do valor exigido após revisão feita pela ASTEC retificando a apuração usando a metodologia prevista na Instrução Normativa nº 27/09. Infração 01 procedente em parte. 2. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIA COM PREÇO INFERIOR AO DE CUSTO. Demonstrada a realização de operação de saída de mercadoria adquirida de terceiro com preço inferior ao de entrada. Parte do período atingido pela decadência. Infração 02 procedente em parte. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. 3.1 - Apropriação de crédito fiscal calculado sobre base de cálculo superior à prevista na legislação. Parte do período atingido pela decadência. Infração 03 procedente em parte. 3.2 – Apropriação de crédito fiscal na aquisição de mercadoria cujo recolhimento deveria ocorrer antes da saída, mas sem a comprovação do pagamento. Parte do período atingido pela decadência. Infração 04 procedente em parte. 3.3 - Apropriação de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias em operações amparadas pela isenção do imposto. Parte do período atingido pela decadência. Infração 05 procedente em parte. 3.4 - Apropriação de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias em operações amparadas pela isenção do imposto. Todo o período de autuação foi atingido pela decadência. Infração 06 improcedente. 3.5 – Apropriação de crédito fiscal na aquisição de material de uso e consumo. Parte do período atingido pela decadência. Infração 08 procedente em parte. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Todo o período de autuação foi atingido pela decadência. Infração 07 improcedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 14/12/2015, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$1.309.245,15, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 (03.08.04) – recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de

Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, nos anos de 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$202.332,65, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 (05.02.02) – efetuou saídas em transferências de MAP, fertiactyl, KSC, corona máster, humato de sódio e embalagens, nos anos de 2011, 2012 e 2013, com preço inferior ao custo de produção, sendo exigido ICMS no valor de R\$11.645,30, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 (01.02.23) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS nas aquisições interestaduais de calcário em concha, cloreto de potássio, turfa preta fibrosa, amônia anidra, cal hidratada, gesso calcinado, ureia, micro boro e varredura, com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior a estabelecida no Convênio ICMS 100/97, nos anos de 2010, 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$161.341,44, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 (01.02.41) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal referente às aquisições de resíduo de madeira cavaco, madeira para uso na fornalha a cavaco, moinha de carvão, para uso como combustível em estabelecimento industrial, com ICMS diferido na forma do art. 343, inciso XXIII, do RICMS/97, nos anos de 2010, 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$639.330,03, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 (01.02.03) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de fertilizantes, recebidas em transferências de filiais localizadas em outras unidades da Federação, cuja saída subsequente na Bahia ocorreu com benefício de isenção previsto no art. 104 do RICMS/97, nos anos de 2010, 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$138.922,86, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 (01.02.03) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de ureia e amônia, adquiridas em operações internas junto a PETROBRÁS S/A, para utilização como insumo na produção de fertilizantes, no ano de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$148.135,23, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 (06.02.01) – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais nas aquisições de anti-espumante NFA QGS, oriundo de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, utilizados para tratamento de efluentes, no ano de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$127,10, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 (01.02.02) – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, aquisição de anti-espumante NFA QGS GLP utilizados para tratamento de efluentes, nos anos de 2010, 2011 e 2012, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.410,54, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou defesa das fls. 134 a 160, alegando a decadência do direito do fisco em exigir crédito tributário em relação a fatos geradores anteriores à data de 17/12/2010 em razão de ter tomado ciência do presente auto de infração apenas dia 17/12/2015, com base nos incisos V e VII do art. 156 e no § 4º do art. 150, todos do CTN. Apresenta decisões neste sentido de tribunais de justiça de alguns Estados, inclusive do Estado da Bahia. Alerta que a legislação tributária concede o prazo de cinco anos para que o contribuinte possa aproveitar o crédito tributário escriturado em documento fiscal, conforme art. 23 da Lei Complementar nº 87/96 e art. 31 da Lei nº 7.014/96. Assim, entende que a fiscalização deve respeitar o mesmo prazo para contestar o aproveitamento e efetivar a respectiva glosa.

No mérito, em relação à infração 01, o autuado reconhece que se equivocou, em parte, quando efetivou o cálculo para a determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista na legislação, todavia, não pelos valores que ora lhe são exigidos. Apresenta nova planilha (fls. 193 a 211) em que apura que o crédito indevido foi de R\$63.401,26. Por esta razão, entende necessário, também, o recálculo da infração.

Em relação à infração 02, além de considerar afastado parte do imposto por já estar atingido pela decadência, entende que deve ser apurado o desconto correspondente à redução de base de cálculo em 30% previsto no Convênio ICMS 100/97.

Em relação à infração 03, o autuado entende que também não deve prosperar, pois estaria comprometendo o princípio constitucional da não-cumulatividade, previsto no art. 155 da Constituição Federal, repetido no art. 19 da Lei Complementar nº 87/96 e no art. 114 do RICMS/97. Acrescenta que em algumas aquisições interestaduais de turfa o remetente aplicou indevidamente redução de 30% da base de cálculo, quando deveria ter aplicado redução de 60%, conforme cópias de notas fiscais das fls. 214 a 245. Mesmo assim, com base no princípio da não-cumulatividade, entende ser legítima a utilização da integralidade do imposto destacado nos referidos documentos fiscais.

Em relação à infração 04, o autuado informa que as empresas RC Serviços Florestais LTDA e INDEX Indústria, Comércio e Exportação de Madeiras Ltda possuem regime especial concedido pela SEFAZ/BA que dispensa o pagamento antecipado do ICMS, conforme documentos das fls. 247 a 251. Assim, entende que não se aplica para estas empresas a regra de diferimento prevista no inciso XXIII do art. 343 do RICMS/97, devendo ser mantida a utilização do imposto destacado nos respectivos documentos fiscais emitidos. Além dessas aquisições, entende como correta a utilização de créditos fiscais nas aquisições junto a empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL, ocorrida na forma da alínea “b” do inciso XXVIII do art. 96 do RICMS/97, que admite um crédito presumido de 12 % sobre o valor da operação nas aquisições junto a determinados segmentos industriais. Apresenta documentos emitidos a partir do site da Receita Federal que comprova a condição de industrial desses remetentes, conforme fls. 254 a 257. Acusa a duplicidade de cobrança do imposto em relação às aquisições junto à empresa Pinex Serraria LTDA, pois ela também está sendo autuada pelo mesmo motivo. Requer, pelo exposto, que seja refeito os cálculos desta infração.

Em relação à infração 06, apesar de referir-se a período em que entende já ter decaído o direito da Fazenda Pública exigir crédito tributário, esclarece que a PETROBRAS recolheu o imposto destacado nos documentos fiscais, conforme cópias de e-mails em conversação com a PETROBRÁS (fls. 259 a 265). Assim, com base no princípio da não-cumulatividade, entende correto o direito ao crédito.

Em relação às infrações 07 e 08, entende que parte da cobrança já estava alcançada pela decadência. Mesmo assim, defende-se alegando que o antiespumante NFA QGS é utilizado no tratamento de efluentes, mas constitui-se em insumo no processo produtivo, conforme relatório técnico apresentado à fl. 267. Explica que o antiespumante é uma substância que previne ou reduz a formação de espuma da água que é utilizada na lavagem de gases do processo de fabricação dos fertilizantes. Explica, ainda, que possui equipamento denominado lavador de gases que é utilizado para remover do fluxo de gases os poluentes provenientes do processo industrial. A reutilização da água em circuito fechado pelo lavador de gases gera espuma, obrigando a utilização do antiespumante para evitar que a água transborde e contamine as canaletas e o solo do entorno da planta industrial.

O autuado não apresentou defesa em relação à infração 05.

Os autuantes apresentaram informação fiscal das fls. 274 a 281, informando que, em relação à decadência, entende não ser aplicável em decorrência do exposto no art. 965 do RICMS/97, que estabelece a contagem da extinção do direito da fazenda pública exigir o crédito tributário a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, constituindo-se na ressalva contida no § 4º do art. 150 do CTN que somente admite a contagem a partir do fato gerador quando lei não fixar prazo a homologação.

Em relação à infração 01, os autuantes afirmam que analisaram as justificativas e valores apresentados nas planilhas elaboradas pelo autuado e não vislumbraram motivação para modificar o entendimento inicial.

Em relação à infração 02, os autuantes, baseados na alegação da defesa de que, quando da elaboração do preço médio nas saídas, não foi considerada a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 100/97, concluíram que cometeram tal erro e refizeram os cálculos que culminou em oneração da exigência desta infração para o valor de R\$28.204,68, conforme demonstrativo à fl. 277.

Em relação à infração 03, os autuantes informam que a glosa recaiu apenas sobre o valor que excedeu à redução prevista no Convênio ICMS 100/97. Confirmam que houve aplicação de redução pelos remetentes nas aquisições de turfa em percentual aquém do estabelecido no referido convênio (fls. 213 e 236 a 245).

Em relação à infração 04, os autuantes alegam que não ficou clara a alegação da defesa. Atestam que as saídas de mercadorias enquadradas no regime de diferimento para contribuintes não habilitados devem ser acompanhadas da guia de recolhimento do imposto. Alertam que a empresa RC Serviços LTDA somente obteve regime especial para pagamento no mês seguinte a partir de 20/08/2015 e que os optantes pelo SIMPLES NACIONAL não possuem regime especial que autorize pagamento no mês subsequente nas vendas para não habilitados.

Os autuantes registraram a falta de apresentação de defesa em relação à infração 05.

Em relação à infração 06, os autuantes declaram que a apresentação de comprovantes de recolhimento do imposto pela PETROBRÁS, referente aos fornecimentos de ureia e amônia, não elide a acusação de uso de crédito indevido.

Em relação às infrações 07 e 08, os autuantes mantém o entendimento de que o antiespumante NFA QGS não se constitui em matéria-prima nem em material secundário, mantendo a exigência fiscal.

Por fim, requerem a manutenção da ação fiscal, mas declaram serem favoráveis à realização de diligência saneadora por auditor fiscal estranho ao feito para dirimir dúvidas quanto aos números contestados na infração 01 e ao aumento da exigência da infração 02, conforme demonstrativo retificado à fl. 277.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência à ASTEC para que auditor estranho ao feito revisasse o lançamento fiscal da infração 01, atendendo sugestão dos autuantes.

A ASTEC atendeu a diligência apresentando o Parecer Astec nº 091/2017, às fls. 292 a 303. Disse que os elementos integrantes do presente processo (demonstrativos, planilhas, documentos) não constituíram fonte suficiente para embasar a elaboração do Parecer. Por isso, utilizou cópias da EFD do autuado, consultou informações do contribuinte nos sistemas informatizados da SEFAZ/BA e solicitou à Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) as Resoluções do Desenvolve para a empresa Autuada, cujos números são: 193/2010; 056/2011; 81/2011; 006/2014 e 106/2014, anexado das fls. 313 a 317.

Explicou que as Resoluções que dão suporte às operações da TIMAC AGRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES LTDA relativamente aos benefícios do Desenvolve, no período da

ação fiscal em análise, são as de nºs 193/2010, 056/2011 e 81/2011. A Resolução nº 193/2010 concede dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do Desenvolve, fixando um Piso de R\$141.748,73, corrigido este valor, a cada 12 (doze) meses, pela variação do IGP-M. Efeitos a partir de 01/12/2010. A Resolução nº 056/2011 indefere o pedido de revisão do Piso de R\$141.748,73, fixado pela Resolução nº 193/2010. A Resolução nº 81/2011 reduz o valor do Piso fixado pela Resolução nº 193/2010 para R\$122.188,37. Efeitos a partir de 01/06/2011.

Da análise das Resoluções em apreço, concluiu que, no período de ocorrência da Infração 01, qual seja – JUNHO/2011 a DEZEMBRO/2012:

- 1 - A parcela do ICMS passível da dilação de prazo concedida pela Resolução nº 193/2010 correspondia a um percentual de 90% (noventa por cento) do saldo devedor apurado pelo contribuinte;
- 2 - Para efeito do cálculo do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo, havia piso fixado no valor de R\$122.188,37, na medida em que este houvera sido estabelecido pela Resolução nº 81/2011, a partir de 01/06/2011.
- 3 - Em última análise, havia apenas uma Resolução a acobertar o Incentivo Fiscal do Desenvolve para a empresa autuada, qual seja a de nº 193/2010, com as alterações promovidas pela Resolução nº 81/2011.

O diligenciador da Astec destacou que quando se trata de uma única resolução ativa acobertando o Incentivo Fiscal do Desenvolve, que no caso em análise é a Resolução nº 193/2010, com as alterações promovidas pela Resolução nº 81/2011, e, em havendo valor estabelecido como piso, o percentual do ICMS com prazo de recolhimento dilatado incidirá sobre o saldo devedor gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados deduzido do piso estabelecido, devendo o contribuinte beneficiário do incentivo, na dicção dos itens “1” e “2” da IN 27/09, efetuar o cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, ajustando o saldo devedor do ICMS apurado no final de cada mês, expurgando as operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto, mediante a aplicação da fórmula prevista na Instrução Normativa nº 27/09.

Afirmou, ainda, que tal saldo devedor do ICMS apurado no final de cada mês é, portanto, o ponto de partida para o cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE. Alertou que no período fiscalizado o piso estabelecido pela Resolução nº 81/2011 era de R\$122.188,37, com vigência a partir de 01/06/2011 e ajustados anualmente. Assim, o piso passou para R\$127.396,40 a partir de 01/06/2012.

Para atendimento da diligência, o diligenciador da ASTEC refez os cálculos que levaram à apuração dos valores relativos à Infração 01, conforme planilhas intituladas “DILIGÊNCIA FISCAL - PARECER ASTEC Nº 091/2017 - PLANILHA DE CÁLCULO DESENVOLVE - 2011” e “DILIGÊNCIA FISCAL - PARECER ASTEC Nº 091/2017 - PLANILHA DE CÁLCULO DESENVOLVE - 2012”, anexados às fls. 304 a 311. Informou que para ajustar o SAM (saldo apurado no mês), visando à apuração do saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE (SDPI), utilizou a título de DNVP e CNVP para efeito da elaboração dos novos demonstrativos, as mesmas rubricas de débito e crédito não vinculados ao projeto, assim como seus respectivos valores, levantados e utilizados pelos Autuantes na elaboração dos demonstrativos que deram suporte ao lançamento do ICMS relativo à Infração 01 (fls. 18 a 35).

Ressaltou que o resultado encontrado divergiu significativamente daqueles contidos nos demonstrativos acostados aos autos, pelos Autuantes, às fls. 18 a 35, e pela Autuada, às fls. 193 a 211, sendo reduzidos dos originais R\$202.332,65 para R\$70.057,74, conforme a seguir:

COMPARATIVO DO ICMS RECOLHIDO A MENOR			
INFRAÇÃO 01 – 03.08.04			
DT OCORRÊNCIA	AUTO DE INFRAÇÃO (FLS. 018/035)	IMPUGNAÇÃO (FLS. 193/211)	DILIGÊNCIA FISCAL (FLS. .../...)
30/06/2011	21.475,01	1.771,75	10.509,87
31/07/2011	9.211,54	1.356,35	2.048,16
31/08/2011	15.936,92	15.936,92	15.938,19
31/10/2011	19.727,27	0,09	14.403,09
30/11/2011	21.205,34	98,57	12.119,56
31/12/2011	16.548,87	6.879,71	-
31/01/2012	10.610,08	6.403,45	1.511,07
29/02/2012	12.414,78	6.403,47	-
31/03/2012	12.622,35	6.402,73	-
30/04/2012	11.766,94	6.403,16	-
31/05/2012	12.314,09	6.595,94	-
30/06/2012	7.727,25	1.716,22	747,50
31/07/2012	2.488,18	0,43	17,85
31/08/2012	198,33	-	199,07
30/09/2012	758,40	-	758,92
31/10/2012	667,07	-	667,18
30/11/2012	17.966,71	1.716,26	5.107,58
31/12/2012	8.693,52	1.716,21	6.029,70
TOTAL	202.332,65	63.401,27	70.057,74

Desse modo, a ASTEC apresentou um novo demonstrativo de débito para a infração 01, conforme a seguir.

INFRAÇÃO 01 – 03.08.04 - DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DO ICMS					
DATA OCORR.	DATA VENCTO	BASE DE CÁLCULO	ALIQ. (%)	MULTA (%)	VALOR HISTÓRICO
30/06/2011	09/07/2011	61.822,75	17	60	10.509,87
31/07/2011	09/08/2011	12.047,97	17	60	2.048,16
31/08/2011	09/09/2011	93.754,05	17	60	15.938,19
31/10/2011	09/11/2011	84.724,06	17	60	14.403,09
30/11/2011	09/12/2011	71.291,55	17	60	12.119,56
31/12/2011	09/01/2012	-	17	60	-
31/01/2012	09/02/2012	8.888,62	17	60	1.511,07
29/02/2012	09/03/2012	-	17	60	-
31/03/2012	09/04/2012	-	17	60	-
30/04/2012	09/05/2012	-	17	60	-
31/05/2012	09/06/2012	-	17	60	-
30/06/2012	09/07/2012	4.397,04	17	60	747,50
31/07/2012	09/08/2012	105,00	17	60	17,85
31/08/2012	09/09/2012	1.171,01	17	60	199,07
30/09/2012	09/10/2012	4.464,26	17	60	758,92
31/10/2012	09/11/2012	3.924,61	17	60	667,18
30/11/2012	09/12/2012	30.044,58	17	60	5.107,58
31/12/2012	09/01/2013	35.468,84	17	60	6.029,70
TOTAL DA INFRAÇÃO:					70.057,74

O autuado tomou ciência do Parecer da ASTEC e apresentou manifestação das fls. 332 a 335. Lembrou que, enquanto o Auto de Infração lavrado encontrou o valor correspondente à ICMS recolhido a menor de R\$202.332,65, o autuado encontrou um valor correspondente à R\$63.401,27, e o Parecer ASTEC nº 091/2017, o valor de R\$70.057,74.

Disse que, embora o Parecer ASTEC nº 091/2017 tenha utilizado a forma correta de apuração do benefício fiscal do DESENVOLVE quanto ao cálculo do benefício, deixou, todavia, de considerar os valores que, no seu entender, estariam corretos para fins de apuração das operações incentivadas, e que constam das planilhas apresentadas juntamente com a sua petição de impugnação. Entendeu que deveriam ter sido considerados os códigos CFOP apresentados nas planilhas que anexou em sede de impugnação ou, no mínimo, deveria ter apontado quais códigos constantes das planilhas apresentadas pelo autuado não estariam corretos e não poderiam vir a ser aproveitados no âmbito do DESENVOLVE.

Assim, solicitou que fossem consideradas, para fins de apuração do benefício do DESENVOLVE, as planilhas apresentadas em sede de impugnação, às fls. 193 a 211.

O autuante Agilberto Marvila se manifestou à fl. 361, apenas atestando ter tomado ciência do parecer ASTEC nº 091/2017 e requerendo o encaminhamento do processo ao CONSEF.

VOTO

O autuado alegou a decadência do direito da Fazenda Pública em reclamar de ofício o ICMS referente a período anterior a dezembro de 2010, haja vista que a ciência do presente Auto de Infração somente ocorreu em 17/12/2015.

A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO (PGE/PROFIS), através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0 firmou entendimento de que conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações e prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento do imposto em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

No caso concreto, o lançamento de ofício apresenta nas infrações 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 08 falta de pagamento da diferença de alíquotas, exigência de ICMS recolhido a menos em razão de erro na

determinação da base de cálculo ou por utilização indevida de crédito fiscal referentes a fatos geradores ocorridos em períodos anteriores a dezembro de 2010.

Desse modo, verifico que a situação se enquadra perfeitamente na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN, ou seja, trata-se de hipótese de lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade. Assim, a contagem do prazo decadencial tem início a partir da data de ocorrência dos correspondentes fatos geradores.

Diante do exposto, concluo que os fatos geradores das citadas infrações, ocorridos em períodos anteriores a dezembro de 2010, foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários reclamados naqueles períodos ficam extintos, incidindo a regra do art. 156, inc. V, do CTN, que considera extinto o crédito tributário com a decadência.

Em relação à infração 01, a exigência se originou em decorrência de verificação pelo autuante de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo, prevista pelo Programa DESENVOLVE.

O autuado reconheceu a ocorrência de erros e apresentou novo demonstrativo onde o valor devido foi reduzido para R\$63.401,26. O demonstrativo produzido pelo autuado trouxe inversões na alocação de rubricas que foram lançadas pelo autuante como não estando vinculadas ao projeto incentivado, sem, contudo, apresentar provas que justificassem tal inversão.

A ASTEC emitiu parecer, em atendimento à solicitação feita pela 1ª JJF, onde refez o cálculo do saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE, partindo dos comandos estabelecidos pela Instrução Normativa nº 27/09 e considerando como piso o valor de R\$122.188,37, a partir de 01/06/2011, e de R\$127.396,40, a partir de 01/06/2012, diferentemente do adotado pelo autuante. Destacou que utilizou os mesmos valores das rubricas levantadas pelo autuante, sem inversão da sua alocação, resultando em elaboração de novo demonstrativo com redução do valor do imposto a pagar para R\$70.057,74.

Os valores dos pisos considerados pelo diligenciador da ASTEC estão corretos, pois foram os estabelecidos pela Resolução nº 81/11, retificando o piso anteriormente estabelecido pela Resolução nº 193/10.

Desse modo, tendo observado que a metodologia de apuração do saldo devedor passível de incentivo utilizada pela ASTEC foi diferente das adotadas pelos autuantes e pelo autuado, mas cumpriu fielmente o estabelecido pela legislação, reconheço como procedente em parte a infração 01, nos termos definidos pela ASTEC no demonstrativo à fl. 302, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$70.057,74.

Em relação à infração 02, conforme já comentado, considero atingido pela decadência a cobrança relativa aos períodos de fevereiro a outubro de 2010. A reclamação de ofício decorre da realização de saídas em transferências de MAP, fertiactyl, KSC, corona máster, humato de sódio e embalagens, com preço inferior ao custo.

A defesa alegou que na elaboração do preço médio nas saídas não foi considerado a redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 100/97. Os autuantes reconheceram o equívoco e refizeram os cálculos, resultando em majoração do imposto inicialmente reclamado, sem, contudo, apresentar os demonstrativos analíticos.

Não obstante a impossibilidade de elevação do imposto reclamado em uma infração após revisão ocorrida na informação fiscal, não encontramos defeito no demonstrativo da infração 02, anexado às fls. 37 e 38. O preço médio na saída foi levado em conta retirando o valor do imposto destacado no documento fiscal emitido pelo autuado, não importando se a aplicação da redução foi adotada corretamente ou não. O preço médio das saídas foi calculado com a retirada total do

imposto incidente de fato e depois comparado com o custo médio também calculado com a retirada total do imposto incidente.

Desse modo, concluo pela procedência em parte da infração 02, mantendo a exigência referente aos meses de janeiro de 2011 a outubro de 2012, remanescendo a exigência fiscal no valor de R\$6.610,83.

Na infração 03, foi detectado que o autuado utilizou como crédito fiscal valor destacado em documento fiscal de aquisição de mercadoria com tributação acima da estabelecida na legislação. Impedir o uso indevido de crédito fiscal, objeto do presente auto de infração, não se caracteriza como afronta ao princípio constitucional da não-cumulatividade. A compensação do imposto devido em operações sujeitas ao ICMS com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou por outro Estado é garantia constitucional. Mas para que se tenha direito à utilização do imposto cobrado nas operações anteriores é necessário que o imposto cobrado não ultrapasse o estabelecido como devido pela legislação.

A majoração indevida da base de cálculo do imposto não garante ao destinatário o direito de utilização do imposto destacado a mais como crédito fiscal. A cobrança que excede a devida não pode ser admitida pelo Estado de destino como crédito fiscal para o destinatário. O princípio da não-cumulatividade não está sendo ferido, pois ao remetente permanece o direito de requerer a restituição do respectivo indébito.

Considerando que a exigência fiscal relativa ao período de janeiro a novembro de 2010 foi atingida pela decadência, concluo que a Infração 03 é procedente em parte, ficando reduzida a sua exigência para R\$154.817,57, referente ao período de dezembro de 2010 a dezembro de 2012.

A infração 04 exige imposto em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal nas aquisições de mercadorias que estavam incluídas no regime de diferimento enviadas para o autuado com destaque do imposto (madeira, carvão vegetal e resíduo de madeira).

O autuado não possuía habilitação para operar no regime de diferimento nas aquisições de mercadorias. Nessas circunstâncias, no período de dezembro de 2010 a março de 2012, o remetente deveria efetuar a saída da mercadoria com tributação, anexando o comprovante de recolhimento do imposto ao documento fiscal antes da saída da mercadoria, conforme alínea “a” do inciso I do § 1º do art. 348 do RICMS/97. Nesse período, as saídas efetuadas pela empresa INDEX – Indústria, Comércio e Exportação de Madeiras LTDA estavam dispensadas do recolhimento antes das saídas mercadorias (fl. 248). Já a empresa RC Serviços Florestais LTDA obteve autorização para não recolher o imposto antes das saídas a partir de 16/06/2011 (fl. 249) e a empresa Alagoinhas Produtos Vegetais LTDA a partir de 21/11/2011, com base em autorização dada por meio do Parecer nº 24.704/2011. As saídas efetuadas por empresas optantes pelo Simples Nacional também estavam obrigadas a recolher o imposto antes da saída pelo regime normal.

Com a edição do RICMS/12, a exigência de recolhimento do imposto antes das saídas das mercadorias não estavam mais atreladas ao fato de estarem incluídas no regime de diferimento, mas em função de comando contido no inciso V do art. 332 do RICMS, que elencou as situações e as mercadorias em que seria exigido o pagamento.

Destaco que a concessão de prazo para pagamento, concedidos ainda quando a obrigação estava atrelada a existência de hipótese de diferimento, não invalida a continuidade de sua fruição quando o RICMS continuou com a exigência de recolhimento antes da saída, mas sob o comando do inciso V do art. 332 do RICMS/12.

De acordo com os argumentos trazidos no início do voto, ficam atingidos pela decadência os fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2010. Após esse período, apenas as saídas realizadas pela empresa INDEX – Indústria, Comércio e Exportação de Madeiras LTDA, pela empresa RC Serviços Florestais LTDA, a partir de 16/06/2011, e pela empresa Alagoinhas Produtos

Vegetais LTDA, a partir de 21/11/2011, estavam dispensadas do recolhimento antes das saídas das mercadorias, por estarem autorizadas a recolherem no dia 09 do mês subsequente pelo regime de conta corrente. Assim, o autuado poderia se apropriar do crédito fiscal nas aquisições desses remetentes sem comprovação do efetivo recolhimento.

Com a retirada das empresas que possuíam autorização para recolhimento no mês seguinte ao da realização das saídas, a exigência de recolhimento antes da saída se limitou a madeira e resíduo de madeira que estavam prevista na legislação da seguinte forma:

1 – resíduo de madeira: no RICMS/97, incluído em hipótese de diferimento no inciso XXIII do art. 343; no RICMS/12, a exigência está vinculada às saídas realizadas por serrarias prevista na alínea “f” do inciso V do art. 332;

2 – madeira: no RICMS/12, na alínea “g” do inciso V do art. 332.

Dessa forma, considerando que a exigência referente ao período de janeiro a novembro de 2010 foi atingida pela decadência e após a exclusão da exigência nas remessas efetuadas pelas empresas anteriormente identificadas, voto pela procedência em parte da infração 04, nos termos da planilha anexada em mídia CD à fl. 591, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$218.977,29.

Em relação à infração 05, destaco que não houve argumentação de defesa pelo autuado. Pela inexistência de lide e considerando que os elementos que compõem este item da autuação confirmam o acerto da autuação, a infração é procedente em parte relativamente a exigência fiscal de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, já que o período de janeiro a novembro de 2011 foi atingido pela decadência, ficando reduzida a exigência fiscal para R\$126.601,89.

A infração 06 refere-se a exigência de ICMS relativa à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente ao recebimento de ureia e amônia, adquiridas em operações internas junto a PETROBRÁS S/A, para utilização como insumo na produção de fertilizantes, ocorrida nos meses de janeiro e fevereiro de 2010. Conforme argumentos trazidos no início do voto, a presente exigência fiscal foi atingida pela decadência, sendo, por conseguinte, improcedente a infração.

As infrações 07 e 08 giram em torno de aquisições de antiespumante NFA QGS. A infração 07 foi atingida pela decadência em razão dos fatos geradores terem ocorrido em julho e setembro de 2010, sendo, portanto, improcedente.

A infração 08 reclama ICMS em função do uso indevido de crédito fiscal destacado nas notas fiscais de aquisições de antiespumante NFA QGS. De acordo com relatório técnico apresentado pelo autuado (fl. 267), o antiespumante evita que a água transborde no equipamento denominado “lavador de gases”, responsável pela remoção do fluxo de gases poluentes provenientes do processo industrial. Este produto previne ou reduz a formação de espuma da água utilizada na lavagem de gases do processo de fabricação de fertilizantes. Os lavadores de gases processam gases provenientes de processos químicos ou físico-químicos. A espuma é gerada quando a demanda de lavagem é minimizada. O antiespumante evita que a água transborde no tanque e contamine as canaletas e piscinas coletoras e, conseqüentemente, o solo.

De acordo com decisão da Câmara Superior, proferida no Acórdão CS Nº 0030-21/09, “para que um produto seja considerado intermediário para fins de utilização do crédito fiscal, ele precisa ser indispensável ao processo produtivo e desgastar-se em decorrência de sua participação na elaboração do produto final, exigindo-se, via de regra, que o produto intermediário entre em contato com o produto final, não se integrando a ele por não se tratar de insumo”.

No referido acórdão, onde o autuado era produtor de celulose, o antiespumante foi considerado produto intermediário porque o processo produtivo da empresa exigia uma água com nível elevado de pureza e que recebesse o devido tratamento para não contaminar a celulose e, ainda, para preservar as máquinas e equipamentos que fazem a industrialização da madeira para transformá-la no produto final.

No processo produtivo da empresa autuada, o antiespumante não é utilizado diretamente no processo produtivo. A sua utilização ocorre justamente quando o equipamento “lavador de gases” não está sendo demandado no processo produtivo. Neste momento, em que a água não está sendo utilizada na lavagem de gases do processo de fabricação de fertilizantes, é gerada a espuma e aplicado o antiespumante apenas para evitar que a água transborde no tanque e contamine o solo. Assim, concluo que o antiespumante, na fabricação de fertilizantes, está à margem do processo produtivo e deve ser considerado como material de uso e consumo.

Desse modo, considerando que a exigência referente aos meses de julho e setembro de 2010 foram atingidos pela decadência, voto pela procedência em parte da infração 08, relativamente aos meses de junho de 2011 a dezembro de 2012, reduzindo a exigência fiscal para R\$7.321,56.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando reduzido o valor histórico para R\$584.386,88.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2797570083/15-8**, lavrado contra **TIMAC AGRO INDUSTRIAL E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$584.386,88**, acrescido da multa de 60%, prevista nas alíneas “a” e “f” do inciso II e na alínea “a” do inciso VII do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previsto pela Lei nº 3.956/81.

Essa Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos da alínea "a" do inciso I do art. 169 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2018

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR