

A. I. Nº - 206888.0009/15-2
AUTUADO - PENHA PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ OLIVEIRA DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/11/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0154-01/18

EMENTA: ICMS. 1. SUSPENSÃO DA INCIDÊNCIA. **a)** REMESSA DE BENS PARA CONserto. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É prevista a suspensão da incidência do imposto nas remessas de mercadorias para conserto em estabelecimento de terceiro. A aplicação da suspensão da incidência ocorre desde que atendidos os requisitos e condições previstas na legislação. Em caso contrário, cabível a exigência do imposto pela falta de comprovação do retorno das mercadorias enviadas. Autuado apenas alegou a ausência de tempo hábil para apresentação das provas. Nada trouxe que pudesse elidir a autuação. Infração 1 subsistente. **b)** REMESSA DE BENS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO RETORNO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado elide a autuação ao comprovar que as respectivas operações de venda a ordem, ocorreram na forma regulamentar. O próprio autuante na Informação Fiscal reconheceu descaber a exigência fiscal. Infração 2 insubsistente. **c)** MERCADORIAS ENVIADAS PARA INDUSTRIALIZAÇÃO SEM O DEVIDO RETORNO. Autuado apenas alegou a ausência de tempo hábil para apresentação das provas. Não colacionou qualquer elemento capaz de elidir a autuação. Infração 4 subsistente. 2. BENEFÍCIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que realizou revisão do levantamento levado a efeito pelo autuante não se apresentou suficiente para elidir a autuação. Infração 3 procedente. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Autuado apenas alegou a ausência de tempo hábil para apresentação das provas. Nada apresentou que pudesse elidir a autuação. Infração 5 subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/12/2015, exige ICMS no valor histórico de R\$2.187.469,58, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 (02.06.01) - Deixou de recolher ICMS em razão da remessa de bens para conserto, sem o devido retorno. Período de ocorrência: dezembro de 2012 e dezembro de 2013. Valor R\$109.275,94;

INFRAÇÃO 2 (02.06.03) - Deixou de recolher ICMS em razão da remessa de bens para conserto, sem o devido retorno ou cujo retorno ocorreu após o prazo estabelecido na legislação. Período de ocorrência: dezembro de 2012 e dezembro de 2013. Valor R\$1.602.024,96;

INFRAÇÃO 3 (03.08.04) - Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Consta que o contribuinte é beneficiário do

Programa DESENVOLVE e em razão de erro na determinação da parcela incentivada, omitiu recolhimentos de ICMS, apurado conforme descrito na planilha anexa ao Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa 27/2009. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013. Valor R\$455.427,78;

INFRAÇÃO 4 (02.01.26) - Deixou de recolher o ICMS de mercadorias enviadas para industrialização – conserto ou operações similares – sem o devido retorno ao estabelecimento de origem. Período de ocorrência: dezembro de 2012 e dezembro de 2013. Valor R\$8.308,80;

INFRAÇÃO 5 (02.01.01) - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Período de ocorrência: dezembro de 2012 e dezembro de 2013. Valor R\$12.432,10.

O contribuinte autuado apresenta defesa (fls. 17/20), descrevendo os fatos ocorridos. Diz que em vez de seguir a ordem de itens do Auto de Infração apresentará impugnação com base na relevância de cada item.

Alega que é infundada a infração 2 porque as operações a que o auditor classifica como sendo remessa de bens próprios para industrialização, na realidade, se trata de operação de venda a ordem de mercadoria remetida para industrialização por conta e ordem de terceiros, classificadas no RICMS 1997 no artigo 413, II, “a”, texto que reproduz.

Apresenta algumas notas fiscais, como exemplo. Fecha o exercício de 2012, das operações com o CFOP 5924, no valor total de R\$98.569,88. As operações realizadas no CFOP 6924, por representar mais de 90%, foram selecionadas aleatoriamente no período total da fiscalização. Apresentação em mídia digital, planilha contendo todas as informações.

Em relação Infração 3, alega que também identificou diversos equívocos por parte da fiscalização. Após analisar extensivamente as informações fornecidas pelo auditor junto do Auto de Infração, percebeu que, relativamente ao período de 2012, não foram considerados para apuração das diferenças alegadas no auto, a retificação que fora realizada nas DPDs - Declaração do Programa Desenvolve - do período de janeiro/2012 a novembro/2012.

Diz ainda que não foi considerado na apuração da diferença, diversos lançamentos de "Estornos de Débitos" que não são vinculados ao projeto industrial aprovado. Considerando a retificação que fora realizada no período anteriormente informado, somado aos estornos que foram realizados na apuração dos créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (CNVP), evidenciou que as diferenças apontadas foram zeradas, eliminando do Auto de Infração uma pendência, que monta ao valor de R\$455.427,78.

Quanto às infrações 1, 4 e 6, explica que não foi possível concluir as checagens e conferências necessárias para a apresentação de uma defesa adequada e em tempo hábil. Diz que uma série de problemas, inclusive, a mudança do sistema, tornou o tempo escasso, referidos itens totalizam R\$130.016,84.

Finaliza, pedindo que sejam canceladas as cobranças relativas às infrações 2 e 3: além do prazo adicional de mais 60 (sessenta dias) para concluir todos os levantamentos necessários a formulação de defesa adequada para as Infrações 1, 4 e 5.

Informação Fiscal prestada às fls. 38/43. O autuante sintetiza o teor de cada infração, descrevendo os fatos e a defesa elaborada pelo contribuinte.

Diz com relação à infração 1, que o autuado não a impugna. Mantém a exigência.

Na infração 2, admite assistir razão ao autuado, de que não se trata remessa de bens para industrialização, mas sim, de operações de venda a ordem de mercadorias remetidas para industrialização por conta e ordem de terceiros, classificadas no RICMS/1997 no artigo 413, inciso II.

Diz que embora não tenha havido o devido retorno, foi constatado a posterior saída dos bens remetidos para industrialização através do CFOP – 6.122. Ou seja, após a industrialização, os bens foram vendidos aos destinatários finais, tendo sido emitida as Notas Fiscais com o mencionado CFOP, sem que a mercadoria transitasse pelo estabelecimento do remetente. Anexa novos demonstrativos de débito (fls.44/45) com ICMS devido zero.

Quanto à infração 3, informa o Auditor que não foram apresentados quaisquer fatos, provas, que venham negar o acerto da constituição do crédito fiscal reclamado.

A ausência do retorno das operações de conserto não foi impugnada, o que ocorre também na infração 5.

Concluiu que, após acatar parcialmente as alegações da Autuada, reduz a exigência para R\$585.444,62.

O autuado volta a se manifestar (fls. 59/63), abreviando um relato dos fatos até aqui discutidos no PAF. Apresenta sua discordância em face da afirmação de que não foi impugnado o item 3. Diz que para esse item específico, elaborou 2 planilhas e as acostou a sua defesa, demonstrando vários erros apresentados pela fiscalização, Demonstrativo e valores que foram retificados, em período anterior à fiscalização ainda constam na autuação.

Explica que de janeiro a novembro de 2012, todas as DPD foram retificadas. Implicou que a apuração foi feita sobre as informações originais, em vez daquelas retificadas.

Diz que na planilha já entregue ao Auditor, durante o procedimento fiscal, realizou os destaques necessários, nos períodos retificados; apresentou as correções em face aos cálculos fiscais; não foram considerados os lançamentos de estorno de débito, não vinculados ao projeto aprovado.

Aduz que anexará novamente tais demonstrativos.

Em relação às demais infrações 1, 4 e 5, explica que pediu tempo adicional para apresentar as provas, Por falta de resposta, deduziu que não haveria tal possibilidade. Pede novo prazo, agora de 120 dias, argumentando que em janeiro de 2017, estará efetuando a migração dos seus sistemas informatizados. Referidos itens somam R\$130.016,84.

O Auditor Fiscal presta nova Informação (fls. 78/87). Repete a marcha processual no presente PAF.

Enfatiza com relação às infrações 1 e 4 que o autuado não as impugnou.

No que refere à infração 3, o recolhimento a menos do DESENVOLVE, confirma que o autuado é beneficiário do Programa e, em razão de erro na determinação da parcela incentivada, omitiu recolhimento no total de R\$305.771,91, apurado nos termos da Instrução Normativa 27/09. Discrimina as parcelas mês a mês, nos exercícios 2012 e 2013.

Com relação à reclamação defensiva de que enviou demonstrativos que não foram observados pela fiscalização, opina o Auditor que o autuado nada argumentou a fim de desconstituir a infração. Lembrou de um antigo adágio: "*quem cala consente*". Transcreve o art. 111 do CPC que descreve que "*o silêncio importa em anuência ...*".

Conclui pela manutenção da infração, após o acatamento de parte das alegações do contribuinte, no valor de R\$585.844,62.

VOTO

O presente lançamento de ofício, contempla a exigência das 5 infrações descritas e relatadas na inicial do autos que serão apreciadas nas linhas seguintes.

A infração 1 diz respeito à suspensão da incidência do imposto nas remessas de mercadorias para conserto em estabelecimento de terceiro. A aplicação da suspensão da incidência ocorre desde que atendidos os requisitos e condições previstos na legislação. Em caso contrário, cabível a exigência do imposto pela falta de comprovação do retorno das mercadorias enviadas.

É cediço que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, mediante a comprovação do fato controverso com elementos probatórios de que necessariamente disponha (artigos 142 e 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99).

No caso em exame, o autuado apenas alegou a ausência de tempo hábil para apresentação das provas. Nada trouxe que pudesse confirmar a sua alegação, mesmo na sessão de julgamento quando legalmente teria o direito de sustentação oral de suas razões.

Diante disso, a infração 1 é subsistente.

A infração 2 acusa a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.602.024,96, em face às remessas de bens para industrialização, sem que houvesse o retorno ou, cujo retorno ocorreu fora do prazo. O autuado alega insubsistência da exigência, arguindo que as operações a que o Auditor Fiscal classifica como sendo remessa de bens próprios para industrialização, na realidade, se trata de operação de venda a ordem, de mercadoria remetida para industrialização por conta e ordem de terceiros, (RICMS 1997 no artigo 413, Inciso II).

Verifico, antes, que o RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, vige desde abril de 2012, e é quem regulamenta as operações de suspensão da incidência do ICMS (art. 280, § 1º), apontada pela Fiscalização, na inicial dos autos. No entanto, as operações tratadas neste item da autuação, não dizem respeito às operações de *remessa de bens para industrialização*, mas sim às operações de *venda a ordem de mercadorias remetidas para industrialização por conta e ordem de terceiros*.

Além da acusação defeituosa, que poderia inquinar de nulidade a autuação, verifico que respectivas operações de venda a ordem ocorreram legalmente. Conforme assinalou o próprio autuante, na sua Informação Fiscal, houve a saída regular e posterior dos bens remetidos para industrialização (CFOP 6.122). Após a industrialização, os bens foram vendidos aos destinatários finais; emitidas as Notas Fiscais, sem que a mercadoria transitasse pelo estabelecimento do remetente. Infração 2 insubsistente.

A terceira infração acusa o contribuinte de recolhimento a menos do *ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve*.

Consta que o contribuinte é beneficiário do Programa DESENVOLVE e em razão de erro na determinação da parcela incentivada, omitiu recolhimentos de ICMS, apurado conforme descrito na planilha anexa ao Auto de Infração, nos termos da Instrução Normativa nº 27/2009.

Conforme o levantamento levado a efeito pelo autuante, constante das planilhas que elaborou, o autuado apurou erroneamente a parcela do imposto incentivado, efetuando o lançamento a mais.

De acordo com as planilhas elaboradas pelo autuante, os valores constantes das colunas *SD Apurado*; *(-) Difal* ; *(-) N.IncentvSaídas*; são os mesmos apontados pelo autuado na planilha que elaborou, colacionada com a peça de Defesa, portanto, inexistindo qualquer divergência quanto aos valores apontados.

Na realidade, a divergência existente diz respeito à coluna *(+)N IncentvEntradas*, sendo que a planilha do autuante - obtida da escrituração do autuado -, contém valores que divergem substancialmente dos valores constantes na mesma coluna da planilha revisada apresentada pelo autuado.

Assim é que, no mês de janeiro de 2012, por exemplo, enquanto na planilha elaborada pelo autuante o valor constante na coluna *(+)N IncentvEntradas* – (que trata de CNVP – créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado) é de R\$3.370,06, o valor constante na mesma coluna da planilha revisada apresentada pelo autuado é de R\$30.210,38.

Ocorre que o valor de R\$3.370,06 apresentado pelo autuante, se apresenta correto, haja vista que obtido dos próprios registros fiscais do contribuinte. Quanto ao valor de R\$30.210,38, apresentado pelo autuado, não há qualquer comprovação da sua origem, ou seja, de onde foi obtido este valor.

Vale consignar que a Instrução Normativa nº 27/2009, orienta no sentido do que deve ser considerado como débitos e créditos fiscais a ser deduzidos e acrescentados na apuração do imposto incentivado, ou seja, vinculados ou não ao projeto aprovado, no caso *DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado*; *CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado*, conforme transcrição abaixo:

1 - Para cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o contribuinte deverá efetuar ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa. (grifo nosso)

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

$$SDPI = SAM - DNVP + CNVP,$$

Onde:

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

SAM = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado; (grifo nosso)

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado. (grifo nosso)

Conforme dito linhas acima, o autuado colacionou juntamente com a peça de Defesa, planilhas nas quais apenas indica valores substancialmente divergentes dos apresentados pelo autuante, contudo, sem indicar a origem dos referidos valores.

Diante do exposto, a infração 3 é procedente.

Quanto às infrações 4 e 5, o impugnante alega que pediu tempo adicional para apresentar as provas, sendo que, por falta de resposta, deduziu que não haveria tal possibilidade. Pede novo prazo, agora de 120 dias, argumentando que em janeiro de 2017, estaria efetuando a migração dos seus sistemas informatizados.

É certo que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, mediante a comprovação do fato controverso com elementos comprobatórios de que necessariamente disponha (artigos 142 e 143 do RPAF/99).

No presente caso, o autuado teve tempo mais do que suficiente para apresentar, mesmo por amostragem, elementos comprobatórios capazes de elidir a autuação. Observe-se que o impugnante argumentou que em janeiro de 2017, estaria efetuando a migração dos seus sistemas informatizados, razão pela qual pediu mais 120 dias de prazo para apresentação dos elementos de provas. Ora, a sessão de julgamento foi realizada na data de 31/08/2018, ou seja, aproximadamente 600 dias após janeiro de 2017 e nada foi apresentado, inclusive no exercício do direito de sustentação oral das razões defensivas, o que também não foi feito.

Diante disso, as infrações 4 e 5 são subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **206888.0009/15-2**, lavrado contra **PENHA PAPÉIS E EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$585.444,62**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a" e "f" da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, "a" do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/2018.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR