

A. I. Nº - 206900.0093/15-5
AUTUADO - BORRACHAS VIPAL NORDESTE S/A.
AUTUANTES - JOSÉ VALDEMIR BRAGA SANTOS e CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 26/12/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0208-01/18

EMENTA: ICMS. 1. INCENTIVOS FISCAIS. BENEFÍCIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOR. A Instrução Normativa DAT nº 27/2009, dispõe que os conhecimentos de transporte referentes a negócios não incentivados devem ser classificados com os códigos 1.350 e 2.350, inexistentes na Escrituração Fiscal digital do contribuinte. Infração 1 caracterizada. 2. DIFERENÇAS ENTRE AS ALÍQUOTAS INTERNAS E AS INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Os auditores reconheceram o cometimento de equívoco, acolheram as razões defensivas e efetuaram revisão. Infração 2 parcialmente elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALORES RELATIVOS A IMÓVEIS POR ACESSÃO FÍSICA. Não é permitida a utilização de créditos nas aquisições de bens semelhantes a silos, incorporados por acessão física. A glosa tem fundamento no VII, do artigo 310 do RICMS/BA-2012. Infração 3 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado no dia 22/12/2015, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$349.462,53, sob a acusação do cometimento das 03 (três) irregularidades a seguir discriminadas:

Infração 1 – Recolhimento a menor, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa Desenvolve. Segundo os autuantes, o contribuinte incluiu indevidamente valores na apuração do benefício, em desacordo com a Instrução Normativa DAT nº 27/2009. R\$305.545,62 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 2 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais de uso e consumo. R\$11.822,96 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 3 – Utilização indevida de crédito, em quantias maiores do que as permitidas pela legislação, relativas às aquisições de bens do ativo imobilizado. Consta que a irregularidade, fundamentada no art. 310, VII do RICMS-BA/2012, ocorreu devido à inclusão no livro CIAP de valores referentes a bens que, na verdade, são imóveis por acessão física (silos). R\$32.093,95 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 144 a 206, na qual inicia assinalando que desenvolve as atividades econômicas de comércio, importação e exportação de reparos a frio, vulcanizantes e autovulcanizantes, para pneus e câmaras de ar, inclusive suas matérias primas; industrialização, comércio, importação e exportação de borracha e pneumáticos, seus artefatos, maquinários e

equipamentos em geral, para os ramos automotivo, esportivo e industrial, adesivos, colas e produtos de limpeza em geral; prestação de serviços no seu ramo; administração de negócios de outras sociedades e participação em outras sociedades.

Suscita preliminar de nulidade, pois entende que os auditores se limitaram a aduzir assertivas abstratas, não ultrapassando a mera narrativa dos fatos, sem fundamento pormenorizado para a constituição do crédito.

Verifica, por amostragem, o apontamento pela Fiscalização de valores em relação aos quais faltou coerência na apuração, como no caso da energia elétrica.

“No mês de julho de 2011, ao verificar o estorno de crédito no ICMS conta corrente o Auditor realizou apresentou entendimento diverso e lançou como incentivado o crédito de ICMS da energia elétrica da produção (R\$ 154.091,92) – que não é incentivada (conforme item 2.1.25 da Instrução Normativa 27/09) – e como não incentivada apenas a parcela que refere-se a administração e que nem mesmo concede direito a créditos (R\$ 5.572,28), quanto mais créditos incentivados, considerando que o conta corrente havia apresentado o crédito integral, quando conforme demonstram as tabela acima houve estorno do crédito referente a administração.

Já no mês de agosto de 2011, o Auditor realizou apontamento da compra de energia elétrica no valor de R\$ 156.380,76, exatamente a parcela da empresa utilizada na industrialização, sem qualquer distinção em relação a apuração da empresa em relação a parcela da energia que se refere a administração da empresa e sem considerar qualquer crédito de operações não incentivadas, pois conforme já referimos o ICMS da energia dispendida pelo setor de administração da empresa não concede direito à créditos e neste sentido não deve ser calculado como crédito não incentivado.

Por fim, no mês de dezembro de 2011, o Auditor lançou a totalidade do crédito como operação incentivada, lançou negativamente o valor que equivaleria a administração como operação não incentivada e lançou na apuração do ICMS conta corrente o valor do crédito da energia da produção.

Esta alteração de critérios, que por amostragem é apontada nestes períodos e em relação a créditos de energia elétrica, percebe-se na autuação e impossibilita a defesa do contribuinte”.

No mérito da infração 1, alega serem não incentivados os créditos atinentes a operações de frete que indica por mera amostragem.

Ilustrativamente, junta, entre outros, os documentos de fls. 300 a 303, para argumentar que classificou de forma equivocada as quantias respectivas na EFD (Escrituração Fiscal Digital) como incentivadas, quando na verdade dizem respeito a negócios jurídicos não submetidos ao benefício.

Segundo as suas explicações, o pagamento antecipado das parcelas não incentivadas foi efetuado a maior, em seu prejuízo.

Em seguida, alega a ocorrência de lançamentos em duplicidade na auditoria fiscal, juntamente com argumentos de idêntica natureza aos acima relatados, como, por exemplo, o cômputo entre os incentivados dos créditos de aquisições de materiais de consumo (meses de agosto/2011, dezembro/2011, janeiro/2012, abril/2012, junho/2012, setembro/2012, março/2013, abril/2013, maio/2013, julho/2013, novembro/2013 e dezembro/2013).

Além disso, a consideração, pela Fiscalização, de vendas de produção como se fossem revendas, e de estornos de créditos extemporâneos como se fossem incentivados.

Os valores estariam corretamente consignados na escrita contábil.

Colaciona cópias reprográficas de conhecimentos de transporte e de notas fiscais, sob a sustentação de que se trata de operações não incentivadas.

Embora tenha dito, em sede de preliminar de nulidade, que a exigência concernente à energia elétrica tem bases imprecisas e incompreensíveis, assevera que:

“(…) o Auditor realizou apresentou entendimento diverso e lançou como incentivado o crédito de ICMS da energia elétrica da produção (R\$ 154.091,92) – que não é incentivada (conforme item 2.1.25 da Instrução Normativa 27/09) – e como não incentivada apenas a parcela que refere-se a administração e que nem mesmo concede direito a créditos (R\$ 5.572,28), quanto mais créditos incentivados, considerando que o conta corrente havia apresentado o crédito integral, quando conforme demonstram as tabela acima houve

estorno do crédito referente a administração”.

Caso se entenda pela manutenção do Auto de Infração, o que admite a título argumentativo, pugna mais uma vez pela nulidade, já que não “*houve ausência de lançamento contábil*”.

Quanto ao segundo item do lançamento de ofício (infração 2), afirma que, enquanto no Auto de Infração a referência é exclusivamente aos períodos de 01, 02, 03 e 07/2012, nos anexos há períodos diversos, de forma que a defesa fica prejudicada.

Nas suas palavras:

“a diferença maior é na NF 11126 emitida por Copé e Cia Ltda., em anexo, lançada em 09/07/2013, que o auditor calculou DIFAL de 9.058,90 (10% s/ o total da NF), porém já tínhamos explicado para ele que o item 5 da nota fiscal (Guia Frontal de Saída dos Fusos para CCM-240) foi escriturada como aquisição de Imobilizado Industrial e não como bens de uso e consumos no estabelecimento. Desta forma, o Diferencial de Alíquotas da aquisição deste bem do ativo imobilizado é diferido conforme benefício concedido pelo Incentivo Desenvolve. Então, a empresa recolheu Diferencial de Alíquotas sobre os 4 primeiros itens da nota fiscal, totalizando o valor de R\$ 3.121,78. Desta forma, verificando que nem todos os bens da fatura são destinados a uso e consumos, mas há também bens destinados ao ativo, é possível concluir que a empresa recolheu corretamente o diferencial de alíquota e realizou seu correto pagamento, com o diferimento da parcela que se referia a bem destinado ao ativo imobilizado, nos termos das normas que instituíram o Desenvolve. Outra situação que podemos perceber é que a Nota Fiscal 3194 emitida por Powerlift Equipamento Ltda., onde o fornecedor destacou 12% de ICMS, de forma que o diferencial de alíquota ficou em 5% (R\$ 1.900,00) o que foi corretamente recolhido. Ocorre que o auditor considerou o destaque do ICMS na Nota Fiscal deveria ser de 7% e não de 12%, e assim considerou que o diferencial de alíquota deveria ser 10% (R\$ 3.800,00) e não de 5% (R\$ 1.900,00) conforme recolhimento realizado pela empresa. Ora a empresa recebeu a mercadoria com alíquota de 12% e recolheu ICMS sobre este percentual e o utilizou para o cálculo do diferencial ao Estado da Bahia, que tem alíquota de 17%, para realizar o pagamento do ICMS complementar. Portanto correto o procedimento da empresa. Estes são exemplos, por amostragem, de duas notas autuadas em que verificamos o correto procedimento da empresa, mesmo diante das dificuldades de compreensão que autuação impôs. Desta forma, só podemos concluir pela anulação do auto de infração ora combatido”.

Ao impugnar a infração 3, tece considerações acerca da não cumulatividade e ressalta que a Lei Complementar nº 87/1996 assegura o direito do contribuinte de escriturar créditos de ICMS referentes às entradas destinadas ao ativo imobilizado (art. 19).

Da mesma forma o art. 29 da Lei nº 7.014/1996, por meio do qual também se conferiu legitimidade ao direito de escriturar os créditos.

Os silos, na sua linha argumentativa, são equipamentos (maquinários), e não edificações incorporadas ao parque fabril.

Prossegue indicando o caráter supostamente confiscatório da multa de 60%, capitulada no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996, solicita a realização de perícia, pede ulterior juntada de provas e encerra discriminando os requerimentos, *in verbis*:

“1) Em sede de preliminar, seja declarado nulo o Auto de Lançamento ora combatido, por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que imputou à ora Impugnante o pretense crédito sem apontar a devida fundamentação que justificaria a sua cobrança, isto é, sem apontar a devida ocorrência do fato gerador, não observando ao disposto no art. 142 do CTN;

2) No mérito, o cancelamento integral do auto de lançamento ora guerreado, bem como dos juros e da multa impostos;

3) Sucessivamente, caso não seja acolhido o pedido anterior, o que se admite apenas a título de argumentação, seja cancelado parcialmente o auto de infração ora guerreado, bem como dos juros e da multa, referente a meses de apuração em que indubitavelmente está demonstrada a correção da apuração da empresa Impugnante;

4) Sucessivamente, em não sendo acolhidos os pedidos anteriores e os pagamentos realizados em diversos períodos de parcelas a maior do ICMS incentivado em relação a apuração realizada na ação Fiscal, requer seja realizado mês a mês o encontro de contas dos valores supostamente devidos com aqueles efetivamente recolhidos a maior;

5) Sucessivamente, ainda em não sendo acolhidos o pedido de cancelamento integral do Auto de infração, seja a multa aplicada no percentual de 60% reduzida a patamares razoáveis, diante da nítida configuração do confisco e o desrespeito à capacidade contributiva e ao direito de propriedade da ora Impugnante, tendo

em vista que não há impedimento algum, no ordenamento jurídico, a que se reduza multa excessiva”.

Na informação fiscal, de fls. 1.090 a 1.096, os auditores refutam a tese de nulidade e, no mérito da infração 1, destacam as regras da Instrução Normativa DAT nº 27/2009, segundo a qual:

“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;

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado”.

No anexo B do Auto de Infração, segregaram as operações por CFOP (Código Fiscal de Operações), baseados nos dados da EFD (Escrituração Fiscal Digital), discriminando-as por período de apuração.

De acordo com o item 2.2.12 da referida Instrução Normativa, os valores dos conhecimentos de transporte de operações não incentivadas deverão ser classificados nos CFOPs 1.350 e 2.350. Entretanto, o resumo dos lançamentos obtidos da EFD, anexado às fls. 23 e 25 a 27, comprova que não existem quantias lançadas com tais códigos.

Registram o seguinte:

“A autuada em sua defesa apresenta os documentos apensados as folhas 300 a 303 informando que os valores dos mesmos deveriam foram classificados indevidamente na EFD. Verificamos que os conhecimentos citados se referem a diversas notas fiscais e constatamos que não é possível identificar qual o montante do ICMS a ser excluído do valor lançado no CFOP 2.352 (R\$ 31.167,06 páginas 21 e 23) conforme pedido da autuada, vez que, por amostragem, a autuada cita somente os conhecimentos de transporte números 5986 e 6096 referentes serviços de fretes das notas fiscais números 25851 e 26354.

Em assim colocado, considerando que a autuada não comprova qual o montante do imposto que supostamente deveria ser excluído dos lançamentos originalmente informados na escrita fiscal(EFD), resolvem estes agentes, propor a esta Douta Corte a manutenção da imputação fiscal conforme lançado na inicial do presente PAF.

Fevereiro/2011

No período ora referenciado, estes agentes, também propõe a manutenção do valor originalmente lançado na inicial do PAF, considerando que não há prova documental dos valores que a autuada solicita que sejam excluídos dos lançamentos efetuados na EFD (CFOP 2.352 R\$ 29.891,84 página 29 e 31), vez que, a autuada por amostragem, cita os conhecimentos de números 6143, 6222, 6232, estes também, referindo-se a diversas notas fiscais.

Julho/2011

Neste período a autuada também não fornece informações precisas sobre o montante de cada conhecimento de transporte que propõe que seja excluído dos valores originalmente lançados em sua EFD. Alega ainda que existem valores de créditos do ICMS referente aquisição de energia elétrica classificadas de forma indevida, entretanto, não faz anexar o laudo a que se refere em sua peça defensiva, razão pela qual, recomenda a esta Douta Corte a manutenção dos valores lançados na inicial do PAF.

Sobre os demais períodos, ou seja; agosto/2011, dezembro/2011, janeiro/2012, abril/2012, junho/2012, setembro/2012, março/2013, abril/2013, maio/2013, julho/2013, novembro/2013 e dezembro/2013.

A autuada alega em todos os períodos acima divergências ocorridas nos lançamentos efetuados na EFD.

Entretanto, os nobres defensores da autuada, em sua peça defensiva, não deixa claro, ou não comprova, qual o valor que deveria ser excluído referente aos lançamentos originalmente efetuados na EFD. Cita constantemente que os valores estão lançados na “contabilidade do Desenvolve do contribuinte” e apresenta em sua defesa, cópias de planilhas, procurando demonstrar que alguns valores estariam fora dos cálculos apresentados na inicial do PAF. Faz anexar também ao processo cópia de diversos conhecimentos de transporte e das notas fiscais informando que se tratam de operações não incentivadas.

Observando os documentos apresentados pela autuada - (vide páginas 315, 325, 330, 332, 338, 339, 340, 371, 390 e outros), podemos constatar a incoerência nos argumentos da autuada, vez que, os conhecimentos

referem-se ao transporte dos produtos “Buna CB 45” e o “Alcaid 220”, produtos estes utilizados no processo fabril da autuada na elaboração de produtos acabados com benefício fiscal, conforme comprova os informes técnicos em anexo. (cópias em anexo).

Estes agentes na elaboração do presente auto de infração observaram criteriosamente os lançamentos e valores registrados na EFD, - o que pode ser comprovado através dos resumos e cópias dos registros fiscais da apuração do ICMS apensados em cada período de apuração -, não poderiam tomar como base uma suposta “contabilidade do Desenvolve”, citada pelos nobres defensores da autuada, por considerar que a legislação determina de forma clara como deve ser efetuado o cálculo do valor do benefício fiscal, determinando expressamente, que os cálculos devem tomar como base a classificação das operações através dos lançamentos e registros dos CFOPs.

Em assim colocado, considerando que as alegações de defesa da autuada carece de comprovação documental, considerando ainda, que as razões apresentadas não condiz com a verdade material dos fatos, e também que não foi capaz de determinar qual o montante do ICMS de cada conhecimento, de transporte e ou, referente aos valores das aquisições de energia elétrica que a autuada pretendia excluir dos valores informados na EFD, resolvem estes agentes propor, a esta Douta Corte, a manutenção da imputação fiscal conforme lançado na inicial do PAF”.

Acolhem as razões defensivas concernentes à infração 2, pois reconhecem o cometimento de erro relativo às Notas Fiscais nºs 3.194 e 11.126 (lançamento de 31/07/2012, afastado da autuação).

Remanesceram as quantias dos períodos de janeiro a marco de 2012, no total de R\$2.085,29.

Quanto ao item 3 do lançamento (infração 3), decorrente da utilização de créditos fiscais indevidos nas aquisições de bens do ativo imobilizado, dizem que a glosa tem fundamento no inciso VII do artigo 310 do RICMS-BA/2012, que veda a utilização de créditos na aquisição de bens incorporados a imóveis.

Juntam cópia do Parecer DITRI/GECOT nº 18.020/2013, com destaque para o seguinte trecho:

“Nesse contexto, ao ser fixado ao solo, em caráter definitivo ou temporário, a estufa agrícola adquirida pela Consulente para o cultivo das mudas de laranja, e formada pela sua estrutura de sustentação, cobertura e demais componentes, assume a condição de um bem imóvel por acesso física, não podendo ser caracterizada como um bem de ativo para efeito de apropriação do crédito fiscal relativo ao imposto incidente em sua aquisição. Essa disciplina encontra-se prevista no art. 310, inciso VII do RICMS-BA (Dec. nº. 13.780/12)”.

O impugnante alega que os silos são equipamentos móveis (maquinários), mas o mesmo (impugnante) enquadra o bem sob o código nº 84.79.89.40 – silos metálicos para cereais, fixos (não transportáveis), incluindo as baterias. A classificação fiscal cita textualmente que se trata de equipamentos não transportáveis.

Por isso, concluem que os bens foram incorporados à estrutura do prédio de forma permanente, fixados ao solo com bases de cimento armado, da mesma forma que estão incorporadas as chaminés, a caixa de água, os telhados e as coberturas.

VOTO

Inicialmente, cumpre analisar as consequências jurídicas da publicação no D.O.U. (Diário Oficial da União), de 18 de dezembro de 2017, do Convênio ICMS 190/2017, que regulamenta a Lei Complementar nº 160/2017, instituída para assegurar a validade dos benefícios fiscais, semelhantes ao Programa Desenvolve, criados unilateralmente pelos Estados e Distrito Federal, em descumprimento ao quanto disposto na alínea "g" do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal de 1988, isto é, no bojo da denominada "guerra fiscal".

O objetivo da Lei Complementar e do Convênio, é o de trazer segurança jurídica aos contribuintes, que atraídos pelas outorgas dos Estados e Distrito Federal, gozaram de redução, isenção, dilação de prazo para pagamento etc., como contrapartida de investimentos efetivados nos territórios das unidades instituidoras das benesses, mas que recentemente têm experimentado riscos não só de vê-las revogadas (as benesses), como também de serem cobradas por toda carga tributária até então reduzida ou isentada.

Isso porque o STF (Supremo Tribunal Federal), tem entendido que tais concessões unilaterais,

sem a prévia celebração de Acordos entre as Unidades da Federação, violam o art. 155, § 2º, XII, “g” da Constituição Federal e a Lei Complementar nº 24/1975, devidamente recepcionada em 1988, visto que é reservada à Lei Complementar, a regulação da forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais, serão concedidos e revogados (vide ADI 3.796, ADI 4.481, ADI 429, ADI 3.576 e RE 628.075, submetido ao regime da repercussão geral e ainda pendente de julgamento, entre outros).

Por conseguinte, com o advento do Convênio ICMS 190/2017, foram possibilitadas a remissão e a anistia dos créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos por legislação estadual ou distrital publicada até 08 de agosto de 2017 (ou até a data da reinstituição, desde que não ultrapasse 28 de dezembro de 2017, observadas as hipóteses das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso II, § 1º da cláusula oitava), em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, inclusive aqueles desconstituídos judicialmente.

Deve ser observado que o Convênio, no § 2º da cláusula oitava, condiciona a anistia ou a remissão dos créditos tributários decorrentes dos benefícios fiscais concedidos ao arrepio da Constituição Federal à desistência de ações judiciais e de processos administrativos fiscais aos mesmos relacionados, inclusive da cobrança de honorários sucumbenciais da unidade federada, pelo advogado do contribuinte.

Cláusula oitava Ficam remetidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g” do inciso XII do § 2º do art. 155 da Constituição Federal.

(...)

§ 2º A remissão e a anistia previstas no caput desta cláusula ficam condicionadas à desistência:

I - de ações ou embargos à execução fiscal relacionados com os respectivos créditos tributários, com renúncia ao direito sobre o qual se fundam, nos autos judiciais respectivos, com a quitação integral pelo sujeito passivo das custas e demais despesas processuais;

II - de impugnações, defesas e recursos eventualmente apresentados pelo sujeito passivo no âmbito administrativo;

III - pelo advogado do sujeito passivo da cobrança de eventuais honorários de sucumbência da unidade federada.

O Decreto Estadual nº 18.270/2018, com vistas à remissão e à anistia, recepcionando o Convênio ICMS 190/2017 na legislação deste Estado, informou os atos normativos instituídos em desconformidade com a alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, entre eles o Decreto nº 8.205/2002 (que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constituiu o seu Conselho Deliberativo).

Com a edição do Decreto de 2018, nº 18.270, este Estado reconheceu o caráter de invalidez/inconstitucionalidade que revestia os benefícios do Programa Desenvolve. Ao reconhecer e ao incorporar o Convênio ICMS 190/2017 na legislação tributária do Estado, possibilitou a convalidação daquilo que até então corria sérios riscos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), como já se disse.

A Lei Estadual de remissão, encontra-se na Assembleia Legislativa da Bahia para publicação até 28 de dezembro do corrente ano (2018), conforme previsto no Convênio ICMS 190/2017.

Ressalte-se que de acordo com o art. 167, I e III do RPAF-BA/1999, este órgão não tem atribuição legal para exercer controle de constitucionalidade ou para negar eficácia à sobredita cláusula do Convênio ICMS 190/2017, ou ao Decreto Estadual nº 18.270/2018.

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Tendo sido o Decreto nº 8.205/2002 - que aprovou o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constituiu o seu Conselho Deliberativo -, objeto da remissão e da anistia de que tratam a Lei Complementar nº 160/2017 e o Convênio ICMS 190/2017, com fundamento na cláusula oitava do Acordo interestadual, acima transcrita, concluo que a princípio, a impugnação deveria ser tida como PREJUDICADA, com o julgamento pela PROCEDÊNCIA do lançamento de ofício.

Entretanto, para que não se alegue suposta supressão de instância, por vislumbrar que o resultado prático do conhecimento da peça defensiva será equivalente (não igual) ao do não conhecimento, passo a julgá-la nos parágrafos a seguir, assinalando que o Processo Administrativo Fiscal é norteado pelos Princípios da Verdade Material, Oficialidade e Informalidade, entre outros (art. 2º do RPAF-BA/1999).

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

§ 1º No preparo, instrução e tramitação do processo, ter-se-á sempre em vista a conveniência da rápida solução do pedido ou litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador.

§ 2º Quando por mais de um modo se puder praticar o ato ou cumprir a exigência, preferir-se-á o menos oneroso para o requerente.

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois a Fiscalização expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, anexos, informações e cálculos.

Inexistente violação ao Princípio do Devido Processo Legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, de fls. 144 a 206 (62 laudas, com planilhas, cálculos, transcrições de jurisprudência, apresentação de razões, conclusões da Fiscalização e do impugnante, requerimentos diversos, números de documentos fiscais, valores, datas etc.).

No anexo B, os auditores discriminaram as operações e as segregaram por CFOPs (Códigos Fiscais de Operação), baseados nas informações colhidas na EFD (Escrituração Fiscal Digital), que afinal, é o documento apto a legitimar a realidade fiscal e contábil dos contribuintes, e não planilhas destituídas de previsão na legislação tributária.

Por exemplo, em janeiro de 2011, de acordo com o exposto na peça informativa, o saldo apurado no mês totalizou R\$4.577.300,20, os débitos não vinculados ao projeto perfizeram o montante de R\$110.246,97, os créditos não vinculados ao projeto totalizaram R\$4.492,04, o saldo devedor passível de incentivo equivaleu a R\$4.471.545,27, o valor incentivado conforme Resolução alcançou a cifra de R\$4.024.390,74 e o valor lançado como dedução na conta corrente a quantia de R\$4.027.304,50, o que resultou na parcela do incentivo lançada a maior de R\$2.913,76.

O sujeito passivo citou a questão da energia elétrica, para aduzir nulidade por cerceamento de direito de defesa, sob o argumento de falta de clareza. Alegou a presença de valores indevidamente classificados, mas não colacionou o laudo referente às parcelas utilizadas nos setores administrativo e de produção.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros desta Junta estão presentes nos autos. Indefiro o pedido de realização de perícia, com fulcro no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999.

No mérito do lançamento de ofício, alinho-me com o posicionamento externado pelos autuantes na informação fiscal, tendo em vista a procedência das razões de fato e de direito ali aduzidas.

“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”.

Passo a julgar a infração 1.

A Instrução Normativa DAT nº 27/2009, dispõe que os conhecimentos de transporte referentes a negócios não incentivados devem ser classificados com os códigos 1.350 e 2.350, inexistentes na EFD (fls. 23 e 25 a 27).

O defendente não comprovou os lançamentos que disse terem sido efetuados em duplicidade pela Fiscalização, muito menos a presença nos demonstrativos de valores referentes a operações com materiais de uso e consumo, que sequer ensejam direito de créditos, incentivados ou não incentivados. Limitou-se a tangenciar a argumentação de que vendas de produção própria foram computadas como revendas, mas as planilhas e as meras assertivas não são elementos aptos a fundamentá-la.

Eventuais recolhimentos a maior ou escrituração equivocada devem ser objeto de requerimentos próprios na repartição fiscal competente, que não é este Conselho de Fazenda, cuja função é decidir com supedâneo na verdade material comprovada nos autos.

Os conhecimentos de transporte de fls. 300 e 303, assim como os demais mencionados pelo defendente (por amostragem), discriminam outras notas fiscais, diferentes daquelas pertencentes à autuação, motivo pelo qual não acolho as argumentações do sujeito passivo (não é possível dar liquidez ao imposto a ser deduzido).

Veja-se – no tocante à infração 1 -, a fundamentação apresentada pelos auditores, que acolho desde já:

“A autuada em sua defesa apresenta os documentos apensados às folhas 300 a 303, informando que os valores dos mesmos deveriam foram classificados indevidamente na EFD. Verificamos que os conhecimentos citados se referem a diversas notas fiscais e constatamos que não é possível identificar qual o montante do ICMS a ser excluído do valor lançado no CFOP 2.352 (R\$ 31.167,06 páginas 21 e 23) conforme pedido da autuada, vez que, por amostragem, a autuada cita somente os conhecimentos de transporte números 5986 e 6096 referentes serviços de fretes das notas fiscais números 25851 e 26354.

Em assim colocado, considerando que a autuada não comprova qual o montante do imposto que supostamente deveria ser excluído dos lançamentos originalmente informados na escrita fiscal(EFD), resolvem estes agentes, propor a esta Douta Corte a manutenção da imputação fiscal conforme lançado na inicial do presente PAF.

Fevereiro/2011

No período ora referenciado, estes agentes, também propõem a manutenção do valor originalmente lançado na inicial do PAF, considerando que não há prova documental dos valores que a autuada solicita que sejam excluídos dos lançamentos efetuados na EFD (CFOP 2.352 R\$ 29.891,84 página 29 e 31), vez que, a autuada por amostragem, cita os conhecimentos de números 6143, 6222, 6232, estes também, referindo-se a diversas notas fiscais.

Julho/2011

Neste período a autuada também não fornece informações precisas sobre o montante de cada conhecimento de transporte que propõe que seja excluído dos valores originalmente lançados em sua EFD. Alega ainda que existem valores de créditos do ICMS referente aquisição de energia elétrica classificadas de forma indevida, entretanto, não faz anexar o laudo a que se refere em sua peça defensiva, razão pela qual, recomenda a esta Douta Corte a manutenção dos valores lançados na inicial do PAF.

Sobre os demais períodos, ou seja; agosto/2011, dezembro/2011, janeiro/2012, abril/2012, junho/2012,

setembro/2012, março/2013, abril/2013, maio/2013, julho/2013, novembro/2013 e dezembro/2013.

A autuada alega em todos os períodos acima divergências ocorridas nos lançamentos efetuados na EFD.

Entretanto, os nobres defensores da autuada, em sua peça defensiva, não deixam claro, ou não comprovam, qual o valor que deveria ser excluído referente aos lançamentos originalmente efetuados na EFD. Cita constantemente que os valores estão lançados na “contabilidade do Desenvolve do contribuinte” e apresenta em sua defesa, cópias de planilhas, procurando demonstrar que alguns valores estariam fora dos cálculos apresentados na inicial do PAF. Faz anexar também ao processo cópia de diversos conhecimentos de transporte e das notas fiscais informando que se tratam de operações não incentivadas.

Observando os documentos apresentados pela autuada - (vide páginas 315, 325, 330, 332, 338, 339, 340, 371, 390 e outros), podemos constatar a incoerência nos argumentos da autuada, vez que, os conhecimentos referem-se ao transporte dos produtos “Buna CB 45” e o “Alcaid 220, produtos estes utilizados no processo fabril da autuada na elaboração de produtos acabados com benefício fiscal, conforme comprova os informes técnicos em anexo. (cópias em anexo).

Estes agentes na elaboração do presente auto de infração observaram criteriosamente os lançamentos e valores registrados na EFD, - o que pode ser comprovado através dos resumos e cópias dos registros fiscais da apuração do ICMS apensados em cada período de apuração -, não poderiam tomar como base uma suposta “contabilidade do Desenvolve”, citada pelos nobres defensores da autuada, por considerar que a legislação determina de forma clara como deve ser efetuado o cálculo do valor do benefício fiscal, determinando expressamente, que os cálculos devem tomar como base a classificação das operações através dos lançamentos e registros dos CFOPs.

Em assim colocado, considerando que as alegações de defesa da autuada carecem de comprovação documental, considerando ainda, que as razões apresentadas não condiz com a verdade material dos fatos, e também que não foi capaz de determinar qual o montante do ICMS de cada conhecimento, de transporte e ou, referente aos valores das aquisições de energia elétrica que a autuada pretendia excluir dos valores informados na EFD, resolvem estes agentes propor, a esta Douta Corte, a manutenção da imputação fiscal conforme lançado na inicial do PAF”.

Infração 1 caracterizada.

Em referência à infração 2, os autuantes, acertadamente, acolheram as argumentações relativas às notas fiscais (DANFES) n^{os} 3.194 e 11.126. Remanesceram apenas as ocorrências de janeiro a marco de 2012, no total de R\$2.085,29.

Infração 2 parcialmente elidida (ocorrências de janeiro a marco de 2012, no total de R\$2.085,29).

Por fim, relativamente aos imóveis por acessão física (infração 3), este Conselho Estadual de Fazenda tem Decidido de maneira semelhante àquela adotada no Acórdão CJF n^o 0347-11/17, segundo o qual (Voto vencedor do i. conselheiro Eduardo Ramos Santana):

“(…) para efeito de creditamento do ICMS devem ser consideradas as situações de imobilizações de bens que passam a integrar o ativo imobilizado (máquinas e equipamentos) que podem ser separadas do solo, conservando a sua unidade e possam serem removidas para outro local (art. 81, I do Código Civil de 2008) e dos bens imóveis por acessão física, incorporados aos solo de forma natural ou artificial. No primeiro caso, as máquinas e equipamentos imobilizadas propiciam crédito do imposto a partir da sua instalação até o momento da desincorporação, podendo serem removidas para outros locais. No caso do segundo, conforme fundamentado na Decisão proferida pela primeira instância, as “operações de compra e venda de poços de petróleo” caracterizam-se como bens imóveis (o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente - art. 79 do Código Civil), estão fora do campo de incidência do ICMS. Na situação presente os bens adquiridos, conforme listados no demonstrativo gravado na mídia de fl. 20 são empregados na prospecção e exploração de poços de petróleo, com preponderância a aquisição de cimento (18% da autuação) e tubos de revestimento (45% da autuação). Consequentemente, as mercadorias adquiridas que foram objeto da autuação incorporam-se permanentemente ao solo, no caso específico, os poços de petróleo, que podem ou não vir a produzir, ou quando produzem por um certo tempo, ficam incorporados ao solo, sem qualquer possibilidade de serem desincorporados e transferidos para outro local o que os caracterizam como bens imóveis por acessão física. Pelo exposto, é vedado o direito de utilizar o crédito fiscal correspondente nos termos do art. 30, III da Lei n^o 7.014/96 cc. O art. 97, IV, §2^o do RICMS/1997 (Decreto n^o 6.284/97) e art. 310, IX do RICMS/2012”.

Seguem outros julgados:

Acórdão CJF n^o 0215-11/16. “O art. 29, § 2^o da Lei 7.014/1996 e o art. 97, IV, “c”, § 2^o, III do RICMS-BA/1997 proíbem a utilização de créditos relativos às entradas de bens não relacionados com a atividade principal do contribuinte, entre os quais se situam materiais de uso e consumo e imóveis por acessão física, bem como de materiais a eles incorporados, por não estarem sujeitos à tributação do ICMS”.

Acórdão CJF nº 0196-11/15. “Ressalte-se ainda, que, em relação a alguns bens adquiridos, a exemplo de telhas, luminárias, refletores, o art. 97, IV, cc o §2º, III do RICMS/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores (2005 a 2007) vedava a utilização do crédito fiscal por se constituírem em operações de aquisição de mercadorias alheias à atividade do estabelecimento, não conferindo ao adquirente direito a crédito, visto que são aplicados em imóveis por acessão física”.

Não é permitida a utilização de créditos nas aquisições de bens semelhantes a silos, incorporados por acessão física. A glosa tem fundamento no inciso VII, do artigo 310 do RICMS/BA-2012:

“Art. 310. É vedado o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento ou a prestação de serviços a ele feita:

(...)

VII - destinados à construção de imóveis por acessão física;

(...)”.

Silo é um bem destinado ao armazenamento de materiais, muito utilizado na agroindústria para depositar cereais, que os guardam sem ensacamento no seu interior.

Os silos destinados ao armazenamento de grãos são conhecidos como silos graneleiros, e têm por objetivo, principalmente, manter os grãos secos, de modo a evitar a deterioração. Já os silos destinados ao armazenamento de silagem, têm como característica principal a manutenção de um ambiente anaeróbico.

Os silos para armazenar biomassa, têm como principal função deixá-la seca, protegendo-a contra a chuva e a umidade que o solo pode trazer, entre outros fatores.

Os auditores, com razão, ressaltaram que o próprio defendente classifica os silos sob o código nº 84.79.89.40 – silos metálicos para cereais, fixos (não transportáveis), incluindo as baterias. A classificação fiscal cita textualmente que se trata de equipamentos não transportáveis:

“O impugnante alega que os silos são equipamentos móveis (maquinários), mas o mesmo (impugnante) enquadra o bem sob o código nº 84.79.89.40 – silos metálicos para cereais, fixos (não transportáveis), incluindo as baterias. A classificação fiscal cita textualmente que se trata de equipamentos não transportáveis”.

Infração 3 caracterizada.

Este órgão não tem competência para exercer o controle da constitucionalidade da Lei em que está amparada a multa de acordo com o art. 167, I do RPAF-BA/1999, tampouco para reduzir ou cancelar penalidade por descumprimento de obrigação principal.

Em face do exposto, 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 **206900.0093/15-5**, lavrado contra **BORRACHAS VIPAL NORDESTE S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$339.724,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

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

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR