

PROCESSO  
AUTUADA  
AUTUANTE  
ORIGEM  
PUBLICAÇÃO

- A. I. 207140.0005/18-2
- FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA.
- JAIR DA SILVA SANTOS
- IFEP INDÚSTRIA
- INTERNET 21.09.2019

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0177-02/19**

**EMENTA:** ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Demonstrado, nos autos, que o sujeito passivo ao apurar o benefício incluiu parcela correspondente a operações tributáveis não vinculadas ao benefício DESENVOLVE provocando erro na parcela sujeita a dilação e o consequente recolhimento a menor do imposto não sujeito à dilação devido. Infração subsistente. Negado o pedido de perícia fiscal. Não acolhido o pleito de compensação de débito, em atenção ao posicionamento do STJ, vez que suspensa a exigibilidade do imposto pela interposição de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 18 de dezembro de 2018 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$1.111.799,19, além de multa de 100%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **03.08.05.** Recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento, constando a informação do autuante de que “*o contribuinte utilizou indevidamente o benefício Desenvolve na comercialização de insumos agrícolas, tais como ÁCIDO BÓRICO, AGROTAIM, FOSFATO e URÉIA GRANULADA, que não foram utilizados para a produção de fertilizantes, contrariando o disposto na Resolução 055/2014, do Conselho Deliberativo do Desenvolve*”, sendo os fatos apurados nos meses de junho, julho, setembro a dezembro de 2014, fevereiro, junho a agosto e outubro de 2015, fevereiro a abril e novembro de 2016.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 150 a 162, onde, após breve síntese da autuação, informa ser empresa do ramo de fabricação de adubos e fertilizantes, habilitada no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, nos termos da Resolução 055/2014, para produzir fertilizantes sólidos hidrossolúveis, convencionais e convencionais NPK, sendo que a referida Resolução prevê dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor de ICMS, relativo às operações próprias.

Diz estar o lançamento tributário alicerçado em levantamento fiscal sem consistência e dissociada da realidade fática e do direito aplicável, em relação aos fertilizantes Fosfato e Ureia Granulada, como restará comprovado nos presentes autos.

Indica ter sido o lançamento tributário precedido de defesa prévia, em face das planilhas “VALIDAÇÃO CFOP\_1” e “VALIDAÇÃO CFOP\_2” elaboradas pela Fiscalização, com a reclassificação dos Códigos Fiscais de Operações e Prestações de: compras (entradas) para industrialização ou saídas de produção do estabelecimento, para: compras (entradas) para comercialização ou venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, isto é, se entendeu que incluiu indevidamente no cálculo do benefício do DESENVOLVE diversas operações com

fertilizantes, por se tratarem de mercadorias de revenda, não submetidas ao processo industrial, no seu estabelecimento.

Na defesa prévia apresentada, dentre os produtos abrangidos no Auto de Infração, indicou assistir razão à fiscalização em relação a Ácido Bórico e Agrotaim, que por falhas operacionais e de parametrização do sistema de informática foram incluídos indevidamente no cálculo do benefício do DESENVOLVE, todavia, no que se referem aos demais produtos, diante da comprovação que se tratavam de produtos industrializados no estabelecimento, a Fiscalização acatou as razões da defesa prévia e deixou de incluir no lançamento tributário, ora em debate, os seguintes produtos: FERTILIZANTE 11% N TOTAL 44% P2O5 SOL EM CNA+AGUA, FERTILIZANTE CLORETO DE POTASSIO GRANULADO, FERTILIZANTE CLORETO DE POTASSIO PINK, FERTILIZANTE CLORETO DE POTASSIO PO BCO 60% K2O- Sol. em Agua a 20C(g/l)=300- I. Salino=146, FERTILIZANTE CLORETO DE POTASSIO ST 58%K2O, FERTILIZANTE ENXOFRE ELEMENTAR S=95%, FERTILIZANTE FOSFATO MONOAMONICO GRANULADO, FERTILIZANTE NP 330300, FERTILIZANTE PRODUBOR GRANULADO, FERTILIZANTE SULFATO DE AMONIO, FERTILIZANTE SULFATO DE AMONIO GRANULADO, FERTILIZANTE SULFATO DE AMONIO FARELADO, FERTILIZANTE SUPER N, FERTILIZANTE ZINCOGRAN 15 e FOSFATO MONOAMONICO GR 10-50-00.

Quanto ao Fertilizante Cloreto de Potássio Granulado, se deixou de excluir do lançamento tributário a Nota Fiscal nº 144293 de 27/01/2016 – Chave de Acesso: 2916 0102 1192 5800 0218 5500 1000 1442 9310 01648823, por se tratar de operação de “Remessa em bonificação, doação ou brinde – CFOP 6910”, com o que concorda.

Aduz que, no entanto, apesar de se submeterem ao mesmo processo de industrialização no seu estabelecimento, a Fiscalização deixou de excluir do lançamento tributário “FERTILIZANTE SUPERFOSFATO SIMPLES” e “FERTILIZANTE UREIA GRANULADA”, bem como a “SACARIA DE UREIA” utilização para o acondicionamento do Fertilizante Ureia Granulada.

Entende impositiva a exclusão das operações com referidos produtos do Auto de Infração, pelas razões de fato e de direito aduzidas na sequência, uma vez que os fertilizantes Superfosfato Simples (Código 0902) e Ureia Granulada (Códigos 0004 e 0004-6) foram submetidos ao mesmo processo de industrialização dos demais produtos excluídos do lançamento tributário, e se amoldam perfeitamente ao conceito de “produção de fertilizantes sólidos hidrossolúveis”, razão pela qual as operações com tais produtos devem ser mantidas no cálculo do benefício do DESENVOLVE.

Já a Sacaria de Ureia (Códigos 0003 e 1561) foi utilizada para o acondicionamento de Fertilizante Ureia Granulada industrializada no estabelecimento, consequentemente, deve também ser computada para o cálculo do benefício do Desenvolve.

Descreve a seguir, o processo produtivo desses produtos constituído das seguintes operações: Operação 01 - emissão de ordem de produção de fertilizante misto ou fertilizante simples e o seu envio para o setor produtivo, especificando a fórmula, matérias-primas que a compõem e quantidades individualizadas; Operação 02 - envio das matérias-primas armazenadas no galpão de estocagem até a Moega de recepção, por uma pá-carregadeira, onde ocorre a quebra dos aglomerados grandes (quebrador); Operação 03 - movimentação de matérias-primas, por meio de elevador, até um dos compartimentos do silo de matérias-primas; Operação 04 - pelo mecanismo de abertura/fechamento do compartimento do silo de matérias-primas, estas são descarregadas no misturador, permanecendo neste processo por tempo pré-estabelecido; Operação 05 - o processo de mistura tem início com o ingresso das matérias-primas no misturador que, através do movimento de rotação semelhante ao de uma betoneira, auxiliado pelo sistema de pás internas, uniformiza e aperfeiçoa os produtos para o consumo; Operação 06 - após a passagem pelo misturador, os produtos são transportados por outro elevador até a peneira vibratória, onde são submetidos ao processo de peneiramento. Os grânulos maiores retidos na peneira vibratória são submetidos ao processo de Trituração (Moinho) e reprocessados (Reciclagem). Os produtos peneirados são carreados para o silo de produtos acabados onde, por gravidade, abastecerá as

ensacadoras, sendo que, os sacos completos com produto acabado são conduzidos pela esteira transportadora e transportadora-empilhadeira até os arrumadores em cima dos caminhões/carretas para organização das cargas, ou silo de espera-bags até o silo balança-bags para aferição do peso e transporte até os bags, através do transportador de granel. Os bags, além do transporte, têm a função de armazenamento e de preservação das características e propriedades físicas e químicas dos adubos e fertilizantes.

Apresenta o Fluxograma de Processo de uma das suas unidades, sendo que os fertilizantes superfosfato simples e ureia granulada, apesar de não receberem a adição ou mistura de outros ingredientes ou matérias-primas, passam por todas as operações descritas anteriormente, conferindo-lhes o atributo de produtos industrializados, a exemplo de outros produtos que foram excluídos do lançamento tributário.

Indica que pelas mesmas razões, foi lavrado contra si o Auto de Infração nº 146551.0001/09-8, julgado improcedente pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Acórdão CJF 0136-12/16 cujos trechos reproduz.

Frisa que não obstante as demonstrações e o precedente administrativo, que permitem concluir pela improcedência do lançamento tributário em relação aos fertilizantes superfosfato simples e ureia granulada, bem como da sacaria utilizada para acondicionamento de ureia granulada, considerando que o deslinde da presente demanda depende de aferir, no caso concreto, se tais produtos são ou não industrializados no seu estabelecimento, requer, desde já, a realização de perícia fiscal nos termos do artigo 145 do RPAF/99, e, para tanto, formula quesitos.

Recalculando os Valores do ICMS Normal e do ICMS Dilatado, pelos mesmos critérios adotados pela Fiscalização, sem a exclusão das operações com fertilizantes superfosfato simples e ureia granulada e sacaria de ureia do cálculo do benefício do Desenvolve, verifica que, nos meses em houve lançamento de crédito tributário no Auto de Infração, procedeu recolhimento a maior do ICMS Normal, sendo que no comparativo dos valores dos meses lançados no Auto de Infração com os valores corretos apurados, constata recolhimento a maior, a título de ICMS Normal, o montante de R\$53.659,96.

Apresenta cálculo realizado, através de planilha, onde, considerando os saldos credores, mês a mês, do período abrangido pela fiscalização, assevera remanescer saldo credor, no montante de R\$1.324.865,48, conforme demonstrativo acostado.

Ressalta que os valores apurados, na Auditoria do Programa de Incentivo Fiscal DESENVOLVE, comparativamente, item por item, com os que apurou, podem ser aferidas nos Demonstrativos Mensais – Anexo Doc. 05, e quanto a consistência dos cálculos pode ser auditada nas planilhas “Apuração Desenvolve 2014 – FTI.xlsx”, “Apuração Desenvolve 2015 – FTI.xlsx” e “Apuração Desenvolve 2016 – FTI.xlsx”, incluídos no “Disco de Armazenamento de Dados” – Anexo – Doc. 07).

Por derradeiro, embora não tenha sido objeto da medida fiscal, verifica que, na reconstituição da apuração do ICMS Normal e do ICMS Dilatado, foram apuradas insuficiências de recolhimento do ICMS Dilatado, conforme se observa da apuração do “Valor do ICMS Dilatado – Devido e Pago” dos “Demonstrativos Mensais” (Doc. 05). No entanto, considerando que a apuração do ICMS Normal e do ICMS Dilatado decorrem de fato gerador único, tais valores foram compensados, e, ao final do período fiscalizado, como demonstrado anteriormente, apurou-se um saldo credor no montante de R\$1.324.865,48.

Por tal motivo, vê a exigência do crédito tributário por meio do Auto de Infração, em discussão, totalmente improcedente, devendo ser julgado como tal, como medida de inteira justiça, e, por oportunidade, colaciona o Acórdão CJF 0172-11/18, resultante de julgamento de Auto de Infração lavrado contra si, em que se reconheceu a possibilidade de compensação dos valores de ICMS Normal e ICMS Dilatado, por serem originários de fato gerador único, cuja Ementa transcreve, bem como trechos do voto condutor.

Finaliza, requerendo o recebimento da presente peça e, após o seu regular processamento, seja deferida a realização de perícia fiscal, e ao final, o Auto de Infração julgado improcedente e arquivado em caráter definitivo.

Por derradeiro, protesta pela produção de todos os meios de provas admitidas em lei e o encaminhamento de intimações e comunicações diretamente aos advogados constituídos nos autos.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 274 a 283 esclarece que a empresa admite como correta a exclusão dos produtos ÁCIDO BÓRICO e AGROTAIM, além de operações de saídas relativas a SACARIA DE URÉIA utilizada para seu acondicionamento.

Indica ter verificado *in loco*, que os produtos URÉIA GRANULADA e SUPERFOSFATO são armazenados em galpões e continham impurezas e aglutinações indesejadas, por conta da umidade do local de armazenamento.

Observa que os produtos em questão são submetidos a processo de limpeza, granulação e peneiramento, para retornarem a apresentar as mesmas características originais que possuíam quando adquiridos.

Vê a diligência solicitada como ineficaz, por perda de objeto, frente aos fatos arrolados na defesa, e os por ele constatados, relativamente aos processos aplicados aos produtos, o que concorre para seu entendimento no sentido de que o pleito seja indeferido.

Fala que o cerne da lide não reside mais em questão de fato, mas sim, de direito relativamente à fruição do benefício fiscal do Desenvolve, nas operações que não envolvem produtos próprios de fertilizantes.

Invoca a legalidade da equiparação por analogia das atividades de granulação, limpeza, peneiramento e ensacamento sem alterações das características do produto original, à produção propriamente dita.

Analizando o mérito, verifica que a Resolução 55/2014 do Desenvolve, destaca como condição principal para o benefício do programa, relativamente ao projeto de ampliação apresentado pela empresa, a produção de fertilizantes sólidos, hidrossolúveis, convencionais e convencionais NPK.

Salienta não constar na citada Resolução que o beneficiamento poderia ser estendido a outras atividades desenvolvidas, a exemplo das acima mencionadas, inclusive ensacamento de mercadorias de terceiros para revenda, sem que tais produtos sejam utilizados como matéria prima para a produção de fertilizantes no estabelecimento beneficiado.

Aduz que as impurezas e a aglutinação são decorrentes de operações de transporte, carga, descarga e armazenagem, de forma que tais condições indesejáveis não fazem parte das características originais das mercadorias comercializadas, quando de sua aquisição.

Diz que a própria defesa atesta que os produtos mencionados na autuação “*não recebem adição ou mistura de outros ingredientes*”, ou seja, entraram e saíram do estabelecimento com a mesma essência, sem nenhuma alteração de suas propriedades químicas ou físicas, sem qualquer transformação de matéria prima em novo produto beneficiado pela Resolução.

Fala que o conceito legal de produção tem caráter restrito, ou seja, trata apenas de uma das etapas da industrialização descritas no artigo 4º, inciso I, do RIPI, reproduzido.

Desta forma, entende que o fato de a empresa não ter produzido a ureia granulada, nem o superfosfato, na forma exigida pela Resolução 55/2014, já seria suficiente para a vedação do benefício fiscal em tela.

Frisa que ainda que tal argumento não fosse bastante, os processos descritos pela defesa, relativamente a granulação, peneiramento e limpeza, incluindo o ensacamento, além de não implicar em transformação de matéria prima em produto novo, sequer são atividades de industrialização, pelo conceito legal dado pela Lei 5.172/66, artigo 46 (transcrito), e Lei 4.502/64,

artigo 3º, já que não alteram em nenhum aspecto o funcionamento, a utilização, o acabamento, ou a essência do produto original.

Vislumbra a impossibilidade de extensão do entendimento como pretende a defesa, tendo em vista os termos do artigo 111 do CTN, copiado, firmando posição no sentido que a interpretação deve ser restritiva, tal como entendem os tribunais superiores do país, na forma das decisões trazidas.

Entende como perdido o objeto da solicitação de perícia fiscal, porquanto foi solicitada para apurar fatos controversos, face a similitude entre os fatos narrados na acusação, e a defesa apresentada em relação às atividades da empresa.

Aponta ser descabida a equiparação proposta pela defesa quando a ampliação do Desenvolve em operações semelhantes que não implicam em transformação de matéria prima, face à interpretação restritiva do artigo 111 do CTN, corroborada, como visto, pelo STJ e STF que veda a extensão de benefício não previsto em Lei.

Quanto ao saldo credor alegado existir pela empresa autuada, se posiciona no sentido de que não se demonstrou a origem dos valores, o que impossibilita a sua contestação, trazendo exemplo numérico o mês de junho de 2014, no qual a empresa na defesa alega ter saldo credor de imposto, todavia, na EFD apresentada para tal período, o saldo de imposto é devedor (fl. 103).

Garante o mesmo fato se repetir em todo o período fiscalizado, onde os valores apontados pela defesa, não correspondem ao ICMS apurado pelo próprio contribuinte.

Pontua que após detalhada análise dos valores calculados, no que diz respeito a possibilidade de existência de saldos credores de ICMS (806) e valores pagos a maior pela empresa, constatou que todos os valores foram compensados nos períodos subsequentes, nada mais restando a ser compensado.

Quanto a compensação do ICMS dilatado pago antecipadamente a maior (código 2167), considera não poder ser atendida, antes do julgamento do lançamento.

Apesar disso, orienta que a empresa poderá solicitar de forma apartada, o lançamento do crédito fiscal extemporâneo na sua escrituração, aguardando a homologação do indébito do imposto pelo órgão julgador.

Indica estar apensando aos autos planilhas de cálculo que podem subsidiar o pedido sugerido, concluindo pela procedência do Auto de Infração.

Cientificado do teor da informação fiscal (fls. 285-A e 286), o sujeito passivo retorna aos autos para, após breve resumo dos fatos, se manifestar no sentido de (fls. 288 a 293) discordar do conceito de industrialização contido no RIPI, tendo em vista não estar o mesmo não estar circunscrito apenas ao artigo 4º, inciso I, do seu Regulamento, albergando também fertilizantes Superfosfato Simples (código 0902) e ureia granulada (códigos 0004 e 0004-6), submetidos a operações descritas na impugnação apresentada, como se depreende do inciso II do mencionado artigo (reproduzido).

Reafirma que tais produtos se enquadram perfeitamente no conceito de fertilizantes sólidos hidrossolúveis convencionais, e, por conseguinte, estão contemplados com os benefícios da Resolução 55/2014.

Fala que o caso presente, a sua solução independe da análise do critério de interpretação da legislação tributária que disponha sobre a outorga de isenção, mas da adequada verificação se superfosfato simples e ureia granulada que comercializa se submetem ao processo descrito na defesa, o que poderá ser verificado através da requerida perícia.

Pontua que a Consulta COSIT trazida pelo autuante na informação fiscal refere-se a atividades de limpeza, catação, peneira, separação e pesagem de café cru em grãos, que não se confunde com o processo de industrialização de fertilizantes que se submetem aos procedimentos já descritos anteriormente.

Analisando os cálculos da planilha apresentada pelo autuante na sua informação fiscal, aponta equívocos no mês de junho de 2014, em relação ao valor lançado, comparado com aquele pago a maior, bem como em relação ao ICMS dilatado, no qual constariam valores a maior passível de compensação, conforme demonstrativo.

Mesmo erro se verificaria nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2015, maio a outubro de 2016, o que o faz reafirmar a necessidade de perícia fiscal, bem como o saneamento de todas as inconsistências apontadas, como medida de justiça.

Em conclusão, ao tempo em que ratifica a solicitação para encaminhamento de comunicações para o endereço dos profissionais que indica, requer a improcedência da autuação para os produtos superfosfato simples, ureia granulada e sacaria de ureia.

Nova informação fiscal prestada (fls. 297 a 305), após resumo dos fatos e argumentos postos, anota que pelo que se pode observar, ficou clara a desconexão entre a fundamentação da autuação e os argumentos trazidos na peça defensiva.

Não vislumbra nesse caso, a ampla defesa, uma vez que o causídico não produziu todas as provas admitidas e fundamentos previstos em direito. Já o contraditório, que garante ao autuado o direito de contradizer, produzir as provas contra tudo aquilo que está sendo acusado, sendo assim imprescindíveis de observância para o devido processo legal, também não foi praticado pelo representante.

Diz não se dever confundir os conceitos de produção com industrialização porquanto estão claramente definidos no Regulamento do IPI, tão utilizados nos julgamentos administrativos, sendo que no direito tributário, os conceitos não são formados pelo senso comum, devendo passar por um processo formal para a formação da Lei que os defina.

Quando se cria uma outorga de isenção ou benefício fiscal, os conceitos utilizados para a condição da fruição são aqueles estabelecidos pela legislação, que norteiam as obrigações do sujeito passivo.

Invoca em sustento de sua tese, o parágrafo único do artigo 46 do CTN (copiado) que define o conceito de produto industrializado, para efeito do IPI.

Por outro lado, de acordo com o que consta preceituado no Regulamento do IPI, tem a industrialização como compreendendo todas as etapas descritas nos incisos I a V do artigo 4º, conforme transcrição.

Diante de ter o autuado asseverado que os processos industriais descritos na Defesa (que não envolvem a produção de fertilizantes) estariam contemplados com os benefícios fiscais da Resolução 55/2014, ao fazer a leitura da mesma, aprovada com base no projeto de ampliação apresentado pela empresa autuada, então peticionária do benefício, mediante o processo SICM nº 1100130014532, verifica o equívoco dessa assertiva, uma vez que a condição para a fruição do benefício DESENVOLVE “é que o beneficiado produza fertilizantes sólidos hidrossolúveis, convencionais e convencionais NPK.”

Informa ser a única atividade beneficiada com a dilação de prazo estabelecida pelo Programa DESENVOLVE aquela resultante da produção própria, conforme consta estabelecido pelo artigo 3º do Decreto 8.205/02 (Regulamento do Programa), consoante reprodução.

Não nega que as outras atividades descritas nos itens II a V do art. 4º, do RIPI acima referido, também caracterizam industrialização, entretanto, não foram contempladas pelo Decreto Nº 8.205/02 e nem pela Resolução 55/2014, e em sentido contrário, vislumbra que a comercialização de mercadorias adquiridas de terceiros, mesmo que passe por outros processos industriais, não tem o direito à fruição do benefício fiscal assegurado.

Sobre a Perícia Fiscal requerida, diz haver que se levar em conta que os fatos a serem verificados não foram contestados e, por isso, a certificação dos processos narrados na defesa não vai influenciar no deslinde da questão, sendo a exigência fiscal consequência da inclusão no saldo

devedor do ICMS beneficiado com a dilação de prazo de débito fiscal relativo às operações não contempladas na Resolução 55/2014, envolvendo produtos de terceiros.

Afirma também já ter verificado *in loco*, com a anuência do representante do autuado, que no estabelecimento **não há produção** de Ureia Granulada e do Superfosfato Simples, cuja atividade é estabelecida como uma das condições para a fruição do benefício do Desenvolve.

No caso da ureia, um composto com equação química CO (NH<sub>2</sub>)<sub>2</sub>, indica que o autuado deveria ter sintetizado industrialmente o fertilizante por meio da desidratação do carbamato de amônia, o qual seria fabricado através da homogeneização entre CO<sub>2</sub> e NH<sub>3</sub> em uma autoclave. O processo de fabricação consistiria em quatro etapas principais: fabricação, desidratação e reciclagem do carbamato de amônia, além da granulação da ureia.

Em relação ao Superfosfato Simples, no processo de produção onde não é necessário o tempo de cura de trinta dias, dentro das especificações exigidas pela legislação, a reação é dividida em duas etapas, utilizando-se de ácido sulfúrico com uma concentração de 15 a 45% em peso, podendo ser produzido em uma única etapa. O produto obtido é secado ou levado a uma operação de granulação para produzir fertilizantes complexos N-P-K.

Na visita técnica realizada pelo autuante no estabelecimento do autuado, tais atividades relativas à produção de Ureia Granulada e de Superfosfato Simples **não foram constatadas**. Lembra que as atividades descritas na defesa não constam aquelas operações de produção dos produtos ora sob análise.

Infere sobre a inexistência de produção dos fertilizantes, em tela, conforme já confirmado pelo próprio autor da peça de defesa, e o fato da perícia fiscal, se deferida, só iria confirmar o que já foi relatado pelo autuado e acolhido por ele.

Quanto ao argumento de que o deslinde da questão não depende de análise do critério de interpretação da legislação tributária, que dispõe sobre a outorga de isenção, observa que, quando o autuado assevera que tem direito à fruição do Desenvolve porque os processos descritos na defesa caracterizariam industrialização, vislumbra a confusão de conceitos entre os termos “produção” e “industrialização”, que precisam ser esclarecidos.

Explica que os conceitos relativos à industrialização e à produção estão normatizados e definidos pela legislação tributária, não deixando brechas para dubiedades de interpretação, sendo a produção atividade descrita no inciso I do artigo 4º do Regulamento do IPI (copiado), ao passo que a industrialização corresponde a todas as atividades conceituadas nos incisos de I a V, daquele dispositivo regulamentar.

Vislumbra que uma vez que a Resolução 55/2014 beneficia a parte, exclusivamente, relativa à produção, não pode significar que também pode beneficiar o todo, ou seja, todas as outras etapas que também caracterizam a industrialização, sendo esse o significado da interpretação restritiva preconizada pelo CTN, isto é, a proibição da ampliação dos conceitos relativos à outorga de isenção.

Dessa forma é que a jurisprudência tem trilhado, ressalta.

Diz que, conquanto a clareza da leitura da legislação tributária possa iluminar a compreensão sobre a matéria, relativamente à distinção entre os conceitos “produção” versus “industrialização”, a sustentação defensiva segue no sentido difuso, conduzindo o seu entendimento ao modo subjetivo de interpretação do *caso in concreto*, ou seja, sem dar a devida importância aos conceitos normatizados.

Reitera ser o conceito de produção restrito, não podendo ser ampliado para outras atividades complementares, que possa amparar a pretensão da autuada, e por tais razões, outras atividades, a qualquer título, não previstas explicitamente no benefício, não podem ser beneficiadas, em decorrência da inaplicabilidade da interpretação analógica ou extensiva sustentada pelo autor da peça defensiva.

A respeito dos cálculos, diante do fato da defesa ter apresentado diversas alegações que não procedem, ao seu entender, esclarece:

#### **Exercício de 2014**

- Mês de junho: o valor pago a maior correspondente a R\$8.472,55, refere-se ao ICM dilatado – 2167, que aguarda decisão do Consef sobre a compensação com o recolhimento a menor apurado do ICMS – 806;
- Mês de agosto: o saldo credor de R\$323,18 foi compensado no mês de setembro;
- O total do ICMS Dilatado - 2167 recolhido a maior no exercício, no montante de R\$33.916,83, aguarda decisão do Consef

#### **Exercício de 2015**

- Meses de setembro, com saldo credor no valor de R\$58.389,26, novembro, no valor de R\$61.575,60, e novembro, no valor de R\$145.311,09, foram compensados nos meses seguintes;
- Os valores recolhidos a maior do ICMS 2167, no montante de R\$65.844,09, e a menor, no valor de R\$131.588,47, aguardam deliberação.

#### **Exercício de 2016**

- Os valores recolhidos a maior a título de ICMS Normal - 806, no total de R\$723.306,60, foram compensados, bem como, também, os valores dos saldos credores, na soma de R\$131.588,47;
- Os valores recolhidos a maior do ICMS 2167, no montante de R\$77.567,72, e a menor, no valor de R\$39.143,20, aguardam deliberação.

Foi apurado pela Fiscalização que o autuado efetuou recolhimentos a maior do ICMS 2167 em alguns meses e a menor em outros, cabendo ao Consef decidir qual o critério a ser adotado para a compensação do indébito com os saldos devedores e credores do ICMS 806, apurados mês a mês.

Sugere dever a autuada peticionar no sentido de postular autorização do lançamento dos créditos fiscais relativos ao ICMS 2167, para salvaguardar seu direito, enquanto não extinto o prazo decadencial, conforme normas legais e regulamentares.

Conclui ter esperado na manifestação, o exercício da ampla defesa e o contraditório, com contestação motivada a cada item extraído da Informação Fiscal, o que, definitivamente, não foi feito, tendo a defesa se apoiado na confusão equivocada do senso comum de que *produção* e *industrialização* são a mesma coisa, sem respaldo em nenhum dispositivo legal.

Neste caso, a considera não fundamentada por ter-se limitado à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a questão *sub studio*.

Expressa que, da mesma forma, deve ser considerada por empregar conceitos baseados em analogia, que proibida pelo artigo 111 do CTN, sem explicar a motivação de sua incidência ao caso concreto.

Ademais, também não deve ser considerada fundamentada sua Defesa por se limitar a invocar precedente ou enunciado de julgados anteriores, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos.

Em outras palavras, uma vez que o direito do autuado de utilizar o benefício fiscal não se encontra respaldado no direito objetivo, não pode existir no mundo jurídico.

Para ser habilitado à fruição do incentivo fiscal, o regulamento do Programa Desenvolve impõe a apresentação de um projeto, podendo ser de inovação tecnológica, ampliação de planta ou implantação de planta nova, onde fique demonstrada a intenção do proponente de produzir algum produto novo, gerar empregos, trazer investimentos, etc.

Efetivamente tal projeto foi apresentado pelo autuado, comprometendo-se a produzir fertilizantes. Após análise de uma equipe técnica do Conselho Deliberativo do Desenvolve, o projeto foi aprovado e a habilitação concedida mediante a Resolução nº 55/2014.

Apesar do compromisso firmado visando a concessão do benefício fiscal, o autuado deixou de cumprir a exigência principal, que é produzir fertilizantes, e realizou operações de aquisição de fertilizantes fabricados por terceiros, para comercialização juntamente com outros fertilizantes por ele produzidos, lançando as saídas com aparência de produção própria, visando à fruição irregular do benefício fiscal.

Desta forma, ao não produzir os fertilizantes em tela, o contribuinte incorreu na inobservância da proposta constante do projeto por ele mesmo apresentado ao Conselho do Desenvolve, olvidando-se do seu compromisso, incluindo indevidamente na apuração do saldo do ICMS beneficiado com dilação de prazo, operações comerciais não contempladas no acordo firmado para a concessão do benefício.

A legislação tributária impõe que quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição, a ser calculado pelo regime de apuração normal.

No que tange ao recolhimento a maior do ICMS Dilatado – Código de Receita 2167, vale lembrar que o Auto de Infração trata apenas da apuração e recolhimento a menor do ICMS Normal – Código de Receita 806. No caso de restituição da resultante entre os valores recolhidos a maior e a menor do ICMS 2167, o autuado poderá garantir seu direito e entrar com o pedido de repetição do indébito, enquanto não extinto o prazo decadencial, sem precisar esperar o julgamento em definitivo na esfera administrativa.

O art. 73 do RPAF/99 estabelece o seguinte:

*“Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.*

*§ 3º Caso o contribuinte possua débito constituído em caráter definitivo no âmbito administrativo, a importância a ser restituída será utilizada para quitação da dívida.”*

Menciona e transcreve o artigo 75, inciso I, que regulamenta a restituição do indébito, de forma que os valores dos indébitos tributários podem ser restituídos sob duas formas: por devolução, quando o Estado a faz em espécie, ou por compensação, quando o Estado permite que o sujeito passivo a aproveite para abater, de imediato ou em recolhimentos futuros, algum débito, em geral, da mesma natureza.

Garante que a compensação do indébito do ICMS, que não faz parte da constituição do lançamento do Auto de Infração que se encontra *sub judice*, pelo autor do lançamento tributário, não tem previsão legal.

Pontua não tratar o lançamento tributário da falta de recolhimento ou de recolhimento a menor do ICMS Dilatado (2167). Se fosse o caso, na revisão fiscal, os valores recolhidos a maior poderiam ser compensados com o débito apurado, resultando na redução da exigência fiscal.

Explicita apenas ter evidenciado os débitos e indébitos tributários, deixando para o próprio contribuinte compensar os valores apurados com futuros recolhimentos do ICMS, e com base nas normas citadas, é assegurada a reivindicação do direito ao crédito fiscal, na forma regulamentar.

Conclui no sentido de que, assim sendo, por tudo o que foi exposto, deve a autuada ser intimada a apresentar contestação em relação aos fatos e fundamentos narrados na presente informação fiscal, querendo, no prazo de dez dias.

Novamente cientificado (fl. 367), o sujeito passivo se manifesta (fls. 369 a 374), no sentido de que a questão se resume ao conceito de produção, entendido pela fiscalização apenas com o sentido do artigo 4º, inciso I do RIPI, ao passo que a empresa entende albergar o mesmo todas as categorias de industrialização presentes no mesmo.

Se posicionar que a visão do Fisco a respeito não encontra suporte legal, tampouco precedente administrativo, conforme já demonstrou anteriormente em sede de impugnação.

Repisa o processo a que são submetidos o SUPERFOSFATO SIMPLES e a UREIA GRANULADA, se amoldando o mesmo ao conceito de industrialização presente no inciso II do artigo 4º do RIPI, respaldado na Resolução 55/2014.

Traz decisão consubstanciada no Acórdão CJF 0136-12/13 (trechos reproduzidos), no sentido de estribar seu entendimento.

Na sua ótica, inexiste dúvida a respeito de que a industrialização conceituada no inciso II do artigo 4º do RIPI atende ao requisito da Resolução que a habilitou aos benefícios do Desenvolve, sendo as alegações do autuante improcedentes, por não estar aplicando analogia de produção com industrialização, apenas interpretando a legislação.

Destaca o reconhecimento do autuante quanto a existência de processo industrial aplicado ao produto, abrindo mão da sua realização, pela inexistência de divergência quanto a submissão dos fertilizantes em tela ao processo industrial de beneficiamento contido no RIPI.

Quanto aos cálculos, vê como necessário que se faça o reconhecimento de existência de fato gerador único, que engloba o ICMS normal e o dilatado, para composição da conta gráfica do ICMS, para que ocorra a compensação dos valores pagos a maior, consoante precedente contido no Acórdão CJF 0172-11/18.

Reiterando e ratificando as razões defensivas, pede a procedência parcial do lançamento, na parte relativa ao superfosfato simples, sacaria de ureia e ureia granulada.

Reforça o pedido para o encaminhamento de comunicações aos patronos da empresa, no endereço profissional indicado nos autos.

Mais uma vez cientificado o autuante acerca da manifestação da empresa, retorna ao processo (fls. 376 a 381), informando constar dos autos que o contribuinte utilizou indevidamente benefício fiscal quando da comercialização de insumos agrícolas adquiridos de terceiros, tais como ÁCIDO BÓRICO, AGROTAIM, FOSFATO e UREIA GRANULADA, que não foram utilizados para a produção de fertilizantes sólidos hidrossolúveis, convencionais e convencionais NPK, contrariando a Resolução 055/2014, do Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Após breve resumo do ocorrido até aquele momento, esclarece que diante da realização de análise da controvérsia estabelecida, restou evidenciada que a contenda se resume em duas questões: se a condição de produzir fertilizantes imposta pela Resolução 055/14, na forma conceituada no inciso I do artigo 4º do RIPI, pode ser satisfeita com outra atividade relativa ao beneficiamento, preceituado no inciso II, daquele regulamento, e se o lançamento do crédito tributário através de Auto de Infração relativo ao ICMS Normal (0806), pode ser modificado com a exclusão de valores relativos ao imposto pago a maior referentes ao ICMS Desenvolve (2167), cuja apuração não foi objeto da fiscalização e não deu causa à autuação.

Em relação à primeira questão, estipula que a condição para a fruição do benefício DESENVOLVE, conforme a Resolução 55/2014, exarada pelo seu Conselho Deliberativo, é que haja a produção de fertilizantes sólido hidrossolúveis, convencionais e convencionais NPK.

Conclui ter a discussão chegado a um impasse se a mencionada Resolução pode ou não ser extensiva a outras atividades, tais como, granulação, limpeza/peneiração e ensacamento de mercadorias, ou seja, qualquer etapa do processo produtivo.

Observa no exame do parecer do Coordenador da SICM vê-se que as atividades de limpeza e a reembalagem dos fertilizantes recebidos também se configuraria industrialização e deveriam ser também beneficiadas pelo Desenvolve.

Entende, todavia, que o parecer emitido pelo Coordenador se contrapõe ao que foi determinado pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve, ao opinar que as atividades que caracterizam o beneficiamento atendem à condição imposta que trata da produção de fertilizantes, além do que

tal Parecer emitido não forneceu informações técnicas acerca do tema consultado e não indicou nenhum dispositivo legal ou regulamentar para embasar seu entendimento.

Ao analisar as normas que regem o Programa Desenvolve, verifica que a Lei 7.980/01, o Decreto 8.205/02, bem como a Resolução 55/14, impõem como condição a exigência de “*produção de produtos novos*”.

Da leitura do artigo 3º da Lei 7.980/2001, que instituiu o Programa DESENVOLVE, infere que a sua finalidade principal é a geração de novos produtos ou processos, conforme transcrição do mesmo.

Nessa trilha, nota que o Decreto 8.205 de 03/04/2002, que aprovou o Regulamento do Programa e constituiu o seu Conselho Deliberativo, recepcionou a mesma obrigatoriedade, como condição para a fruição do benefício fiscal, estipulando no seu artigo 1º, inciso VI, a imposição de geração de novos produtos.

Ademais, a Resolução 55/14, exarada pelo Conselho Deliberativo, segue aquela mesma diretriz, impondo como condição para a fruição do Desenvolve a produção de fertilizantes, conforme consta do seu artigo 1º.

Aduz, com base na clareza das normas citadas que regem o Programa, qualquer dúvida porventura existente em torno da condição principal para a fruição do benefício, se produção ou beneficiamento, não faz qualquer sentido, e nessa seara, tendo o autuado deixado de cumprir a exigência principal da Resolução 55/14, que é “*produzir fertilizantes*”, na forma circunscrita ao que consta no projeto apresentado pelo próprio beneficiário e aprovado pelo Conselho Deliberativo, a fruição do benefício fiscal encontra-se eivada de irregularidade e deve ser sustada em relação às operações não beneficiadas pelo Programa.

Por tais razões, entende estar a causa defensiva desprovida qualquer sustentação legal, regulamentar ou mesmo jurisprudencial, de modo que não tem o condão de elidir a exigência tributária constante do lançamento, o qual se encontra devidamente fundamentado e de pleno direito.

Argumenta que uma vez constituído o crédito tributário, através do lançamento, e regularmente notificado o sujeito passivo, a autoridade fiscal não mais poderá modificá-lo, por força do chamado princípio da imutabilidade do lançamento tributário consagrado nos artigos 145 e 147, § 1º do CTN, e sob essa perspectiva, o instituto da compensação é assentado nos artigos 170 e 170-A do CTN, reproduzidos.

Constata pela análise dos dispositivos a possibilidade de compensação tributária depende inexoravelmente de lei autorizadora específica editada pelo ente tributante, a qual deverá estabelecer, ainda, as condições e garantias para que se opere a compensação ou, simplesmente, atribuir tal mister à autoridade administrativa.

Aponta se constituir a compensação em modalidade extintiva do crédito tributário, assim como o pagamento e a conversão de depósito em renda, entre outras elencadas no artigo 156 do CTN, sendo que o artigo 170 do *Códex* exige autorização legal expressa para que o contribuinte possa lhe fazer jus, e ausente a referida autorização, fica obstada a compensação, visto que este instituto jurídico, no âmbito do Direito Público, tem contornos próprios.

Vê, pois, que as regras para compensação, quando uma das partes da relação é o Fisco, são próprias e bem específicas. Entretanto, tal como ocorre no Direito Civil, a fim de que se opere a compensação, é necessário que os créditos a se compensarem sejam certos, líquidos e em dinheiro (fungibilidade).

Nota que, diferentemente do Direito civil, a compensação em direito tributário pode ocorrer entre créditos vencidos e vincendos, tendo o STJ se manifestado pela ilegalidade da compensação de ofício quando a exigibilidade do crédito estiver suspensa.

Alerta que somente pode ser vincendo o valor que a Fazenda Pública deve ao sujeito passivo do tributo, não o podendo ser o crédito tributário, que deve sempre estar vencido, afinal a certeza

sobre o crédito instala-se quando não paira sobre ele qualquer dúvida sobre sua existência, por sua vez, a liquidez se relaciona com a determinação do valor da dívida, sendo o requisito da certeza tão necessário que o próprio artigo 170-A do CTN, proíbe que se realize compensação de valores com créditos tributários em discussão judicial. A necessidade de certeza quanto ao valor do crédito tributário, impõe que ela seja concedida apenas com o trânsito em julgado da decisão, frisa.

Aponta que via de regra, a compensação é feita pelo próprio contribuinte, por meio de simples petição à autoridade administrativa competente, sendo que a Fazenda Pública, respaldada por legislação específica e normas procedimentais sobre o assunto, deferirá ou não o pedido, com os consequentes efeitos jurídicos.

No caso, tratando-se de valores recolhidos a maior do ICMS 2167, o autuado poderia garantir seu direito e entrar com o pedido de repetição do indébito, enquanto não extinto o prazo decadencial, sem precisar esperar o julgamento em definitivo na esfera administrativa, na forma dos artigos 73 e 75, inciso I do RPAF/99, copiados.

Assim sendo, por todas as razões e fundamentos legais apresentados, tem que a compensação não pode ser automática antes de ser decretada sua liquidez e certeza, de modo que o Auto de Infração deve ser julgado totalmente procedente.

Na sessão de julgamento, presente o advogado da empresa, o qual, em sustentação oral, ratificou os argumentos defensivos já postos ao longo do feito. Diante do fato de ter trazido amostras dos produtos contestados na autuação, e indagado acerca de quem seria o fornecedor de ureia, afirmou que a autuada adquire parte em mãos da Petrobrás, única fabricante no país, e parte através de importação.

## VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Como questão prejudicial, aprecio a solicitação da empresa para a realização de perícia técnica, no sentido de comprovar seus argumentos, a qual indefiro, tendo em vista o disposto no artigo 147, incisos I, alínea “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

*II - de perícia fiscal, quando:*

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;*
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;*
- c) a verificação for impraticável.*

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo”.

Tal desnecessidade se justifica pelo fato de que a discussão se apresenta no âmbito eminentemente jurídico, quanto ao fato de a fiscalização considerar que o processo de “limpeza”, “peneiração” e “embalagem” realizado nos produtos, diante do seu armazenamento tido como inadequado, configuraria processo de industrialização, não tendo na prática, qualquer ato processual neste sentido, vez que o processo se encontra devidamente especificado e detalhado na peça de defesa apresentada.

Inexiste, pois, fundamentação robusta para amparar o pedido de perícia pela empresa, e além disso, como afirmado pelo autuante e não contestado posteriormente, foi realizada verificação na planta do contribuinte, a fim de conhecer o seu processo produtivo, o que, de igual modo, se acrescenta à desnecessidade de realização de tal ato.

Ainda que obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício.

E não se pode argumentar que tal negativa, ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de negar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da legislação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao analisar o AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 441782 MG 2002/0027327-2 pela 2ª Turma, tendo como Relator o Ministro Franciulli Netto, assim entendeu:

Ementa: ”AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA - NECESSIDADE DE PROVA PERICIAL E REQUISIÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - NECESSIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA - SÚMULA 7/STJ. A matéria escapa do âmbito de cognição do recurso especial, pois necessário seria o reexame do conjunto probatório para se analisar se as provas dos autos são suficientes para a apreciação do pedido formulado, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7 deste Sodalício. Não há que se falar em cerceamento de defesa ou ilegalidade se o juiz indefere a produção de prova pericial e a juntada do processo tributário administrativo ao verificar que o processo está suficientemente instruído. Agravo regimental não provido.” (Grifei).

Já a 5ª Turma do mesmo STJ na análise de matéria afeita a requerimento de realização de diligência, no AGRG NO ARESP 774036 / SP 2015/0219845-4, tendo como Relator o Ministro Ribeiro Dantas, ainda que não tratando de matéria no âmbito tributário, mas de mesma natureza da ora analisada, assim se manifestou:

”INDEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 7/STJ. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada. Precedentes”.

Cito ainda trecho da decisão exarada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL 0001459-03.1999.4.01.3300 BA 0001459-03.1999.4.01.3300, julgado pela 7ª Turma Suplementar, e relatado pelo Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins:

”A realização da prova pericial destina-se ao convencimento do julgador primário, a quem cabe verificar se a documentação constante dos autos é suficiente à sua convicção, podendo dispensar a produção de provas que entender desnecessárias à formação de seu livre

*convencimento. O indeferimento de prova irrelevante para o deslinde da causa não constitui nulidade processual. Configura cerceamento de defesa a notificação de lançamento fiscal que não oferece ao contribuinte a oportunidade de impugnar a exação. Remessa oficial não conhecida. Apelação a que se nega provimento.”*

No caso presente, a exação foi impugnada, o feito se encontra devidamente instruído, inclusive com os elementos de prova tidos como suficientes para suportar a acusação fiscal, além do que a decisão compete ao julgador, diante de sua análise dos elementos que compõem o processo, os quais tenho como suficientes para prolatar decisão de mérito, motivos pelos quais não acolho o pedido formulado.

Diante da inexistência de outras questões preliminares a serem analisadas, adentro no mérito da autuação, que, como visto, recaiu sobre a realização de estorno de débito tido como irregular por parte da fiscalização.

Inicialmente, registro que são objeto de discordância da autuada em relação ao lançamento, apenas os produtos superfosfato simples e ureia granulada, bem como a sacaria de embalagem da ureia, tendo concordado com a autuação relativa a produtos como Ácido Bórico e Agrotaim.

Em relação ao argumento defensivo de estar o lançamento alicerçado em levantamento fiscal sem consistência e dissociado da realidade fática e do direito aplicável, em relação aos fertilizantes Fosfato e Ureia Granulada, únicos produtos contestados, não posso acolher.

Em primeiro lugar, pelo fato de que o lançamento foi feito em atenção não somente à legislação do ICMS (Lei Complementar 87/96, Lei 7.014/96, RICMS/12 e Código Tributário Nacional), como, igualmente, em atenção a todo o arcabouço normativo relativo ao Programa Desenvolve, especialmente a Lei 7.980/2001, o Decreto 8.205/02 (Regulamento do Programa) e Instrução Normativa 27/2009, tendo o demonstrativo sido explícito o suficiente para que o acusado compreendesse com exatidão, qual o teor da acusação que lhe foi imposta, valores, base de cálculo, data das ocorrências, multa aplicada, enfim, possibilitasse de forma ampla e plena o exercício do direito de defesa e do contencioso.

Assim, como exposto nas várias intervenções das partes litigantes, o lançamento foi realizado após trabalho acurado, onde a empresa teve prévio conhecimento dos fatos e elementos levantados pela fiscalização, podendo apresentar suas justificativas para os procedimentos adotados, antes mesmo do lançamento, além de visita *in loco* ao estabelecimento industrial, a fim de melhor entender o processo de produção de fertilizantes.

O fato de a empresa autuada discordar da motivação do lançamento, não implica, necessariamente, em falta de base legal ou fática, eis que o lançamento decorreu do entendimento da fiscalização frente à legislação posta, não se podendo falar em dissociação sob o aspecto fático.

Outro ponto que vai de encontro a tal tese, é o de que, na própria impugnação, o contribuinte atesta que alguns produtos, inclusive os autuados realmente não foram por ele produzidos, e consequentemente, não poderiam integrar a base de apuração da parcela do imposto dilatado.

Quanto ao aspecto central da matéria discutida, gira acerca da Resolução do Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve, o qual expediu a Resolução 55/2014, datada de 13 de maio de 2014, concedendo pelo prazo de doze anos, contados a partir de 1º de maio de 2014, dilação de prazo de setenta e dois meses para pagamento do saldo devedor de ICMS, relativo a operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I da Tabela I.

A mesma, fala ainda, na intenção de beneficiar a “...produção de fertilizantes sólido hidrossolúveis, convencionais e convencionais NPK.”

E neste ponto reside a grande discussão travada. A empresa autuada entendendo que o conceito de “produção” abarcaria a “industrialização”, diferentemente do autuante, que entende ser o

conceito de “produção” restritivo, vez estar-se lidando com benefício fiscal, cuja interpretação, nos termos do artigo 112 do CTN não poderia ser ampliada.

Entendo necessário fazer algumas observações iniciais acerca do Programa Desenvolve e seus benefícios fiscais embutidos.

A Lei 7.980/2001 que instituiu o Programa, estabelece em seu artigo 3º:

*“Art. 3º - Os incentivos a que se refere o artigo anterior têm por finalidade estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos ou processos, aperfeiçoamento das características tecnológicas e redução de custos de produtos ou processos já existentes.*

*§ 1º - Para os efeitos deste Programa, considera-se:*

*I - nova indústria, a que não resulte de transferência de ativos de outro estabelecimento da mesma empresa ou de terceiros, oriundos da Região Nordeste;*

*II - expansão industrial, o aumento resultante de investimentos permanentes de, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) na produção física em relação à produção obtida nos 12 meses anteriores ao pedido;*

*III - reativação, a retomada de produção de estabelecimento industrial cujas atividades estejam paralisadas há mais de 12 meses;*

*IV - modernização, a incorporação de novos métodos e processos de produção ou inovação tecnológica dos quais resultem aumento significativo da competitividade do produto final e melhoria da relação insumo/produto ou menor impacto ambiental.*

*§ 2º - Considera-se, também, expansão, o aumento da transformação industrial que objetive ganhos de escala ou de competitividade, ou a conquista de novos mercados ou que implique em aumento real no valor da produção total do empreendimento.” (Grifos do relator).*

Já o artigo 8º do mesmo diploma assim prevê:

*“Art. 8º O Regulamento estabelecerá, observadas as diretrizes do Plano Plurianual, critérios e condições para enquadramento no Programa e fruição de seus benefícios, com base em ponderação dos seguintes indicadores:*

*I - geração de empregos;*

*II - desconcentração espacial dos adensamentos industriais;*

*III - integração de cadeias produtivas e de comercialização;*

*IV - vocação regional e sub-regional”;*

Dele se verifica os seus objetivos e parâmetros para concessão de benefícios.

Noto que a defesa apresentada afirma de forma categórica que os produtos arrolados no lançamento tributário “não recebem adição ou mistura de outros ingredientes”.

Daí surge a grande indagação: esta forma de “produção”, seria o objetivo do Programa, diante da entrada e posterior saída do estabelecimento de produtos que mantiveram as mesmas características, sem qualquer alteração de suas propriedades químicas ou físicas, ou transformação de matéria prima em novo produto? Evidentemente a resposta é não.

Note-se também, por oportuno, que em todos os textos, a palavra citada é “produção”. Quisesse o legislador dar o seu entendimento de que o Programa se destinaria simplesmente à industrialização, teria certamente se utilizado da mesma, não reiterando sempre a expressão “produção”.

Ademais se trata de uma concessão fiscal, e neste aspecto, dois fatos são significativos: o primeiro, decorre de que, ao contrário do entendimento da autuada, a Resolução do Programa Desenvolve falar em produção, e não em outra atividade, o que de logo excluiria atividades como a limpeza, embalagem e acondicionamento, por exemplo, pois ela tem o caráter específico, para determinados produtos e para aquela empresa indicada, sendo individualizada para cada beneficiário.

E a sustentação de concessão de benefício fiscal, encontra respaldo, inclusive, junto ao Poder Judiciário, podendo ser tomado como exemplo decisão da Apelação Cível e Reexame Necessário 0046954-9, exarada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, através de sua 2ª Câmara Cível,

tendo como relator o Desembargador Fleury Fernandes. Diz o trecho da Ementa que nos interessa: “*Sendo obrigação legal imposta a todos os contribuintes o recolhimento de tributos no prazo previsto, deve ser interpretada restritivamente, contra o contribuinte, a norma que lhe confere algum benefício fiscal, tal como o da dilatação de prazo para o recolhimento do ICMS*”.

O segundo, decorre do fato de que, como visto, a ótica do Programa estatuída na Lei que o instituiu é o desenvolvimento industrial, que jamais seria alcançado mediante mera limpeza, peneiramento e acondicionamento de produto já produzido anteriormente por outro contribuinte, ainda que não beneficiado por qualquer incentivo ou benefício fiscal, consoante sustentação defensiva.

Assim, analisando a lógica do benefício usufruído pelo contribuinte, seria entregar muito pouco (mercadorias simplesmente limpas e acondicionadas), em troca de muito (dilação de prazo de pagamento em vários anos de respeitável percentual de ICMS), o que fere a lógica do Programa, fazendo com que perdesse qualquer razão para existir.

Ainda que se considere “produção” e “industrialização” como sinônimos, a tese da defesa não pode vingar, inclusive, sob o aspecto doutrinário, posso elencar o ensinamento de José Eduardo Soares de Melo (IPI – Teoria e Prática, Editora Malheiros, 2009, pág. 73), no sentido de que “*haverá produto industrializado se, do esforço humano sobre bem móvel, resultar acréscimo ou alteração de utilidade, pela modificação de qualquer de suas características. Inocorrendo tal efeito, tratar-se-á de simples prestação de serviços*”.

De igual forma, Eduardo Domingos Bottallo (IPI – Princípios e estrutura, Ed. Dialética, São Paulo, 2009, pág. 29), vislumbra que o processo de industrialização “*exige a obtenção de uma ‘espécie nova’, ou seja, de um novo produto*”.

Isso contraria frontalmente a assertiva defensiva de que, como afirmado anteriormente no relato dos fatos, e posteriormente no teor do presente voto, os produtos contestados não sofreram qualquer “*alteração de utilidade*”, sequer “*modificação de suas características*” e muito menos vieram a se constituir em “*espécie nova*”, ou seja, se apresentam como “*produção própria*”.

Ainda considerando o ensinamento de José Eduardo Soares de Melo (IPI – Teoria e Prática, Editora Malheiros, 2009, pág. 53), em relação ao IPI, para a sua tributação “*a incidência tributária não se verifica apenas sobre o ato de elaboração do bem (produção industrial), inserida exclusivamente no âmbito de ‘fazer’ alguma coisa; muito menos na simples existência do produto industrial com qualquer pessoa, independente do respectivo título jurídico*”, entretanto, estamos analisando um fato gerador afeito ao ICMS, ainda que ligado ao conceito de industrialização, e em interpretação restritiva, pois, concessão fiscal de dilatação de prazo de pagamento em até seis anos.

Fato é que embutindo produtos que em essência não se configurem produção do estabelecimento, embora por determinação legal possam ser produtos industrializados, o contribuinte aumentou os valores das parcelas dilatadas, reduzindo, consequentemente, o montante daquela parcela não dilatada, e cujo pagamento de imposto faz de imediato, à vista.

E ao assim fazer, inseriu indevidamente no cálculo da parcela dilatada, valores indevidos, reduzindo o montante a recolher da parcela não dilatada, reitero, o que causou prejuízo para a Fazenda Pública, diante do fato de que, embora a Resolução concessiva fale explicitamente em “*produção*” do estabelecimento, este estendeu o conceito para o de “*industrialização*”, que engloba, na forma da legislação do IPI, outros conceitos que não o de produção, como acondicionamento, e embalagem, casos da autuada e dos produtos objeto da autuação.

Não se está aqui se negando a legislação do IPI, em especial o artigo 4º do Decreto 7.212/2010 (RIPI), mas apenas destacando o fato de que nem todo produto industrializado é oriundo de produção do estabelecimento, motivo da presente discussão ora entabulada entre o contribuinte e o Fisco, uma vez que a terminologia utilizada na Resolução que amparou a dilatação de prazo de parte do imposto devido pela autuada fala especificamente em “*produção*”, e não “*industrialização*”.

Para os produtos impugnados, devidamente comprovado, inclusive confirmado pela autuada que adquire os produtos de terceiros, e apenas efetua a limpeza, peneiramento e embalagem dos mesmos, diante do acúmulo de impurezas no transporte e armazenamento, claro está que embora industrializados, não são de sua “produção própria”, e a Resolução 55/2014, reitero mais uma vez, fala em “produção” e não “industrialização”, como já amplamente debatido, conceitos diversos e diferentes.

Quanto ao produto Super Fosfato Simples, como bem explicado pelo autuante em uma de suas intervenções processuais, não sofre qualquer alteração física ou química que, na forma dos conceitos reproduzidos anteriormente, caracterizem como produto produzido, e sim, industrializado, ainda que por equiparação legal.

Em reforço de tal entendimento, cito notícia veiculada em 23/08/2018 no site <https://www.comprerural.com/petrobras-fecha-fabricas-de-ureia-e-preocupa-agronegocio/>, no qual se informa o fechamento das fábricas de ureia da Petrobrás, única produtora brasileira de tal produto, cujos trechos, passo a reproduzir:

*“A Petrobras confirmou o fechamento das duas fábricas de ureia, como parte do esforço da companhia para focar os investimentos em ativos que tenham menor risco e tragam mais retorno financeiro. A estatal informou que essa decisão já foi prorrogada uma vez, mas não disse se há possibilidade da data ser adiada novamente.*

(...)

*A Petrobras resolveu intempestivamente fechar as fábricas de uréia, deixando o sistema de produção pecuário brasileiro sob risco. Não há garantias de quantidade, preço e qualidade da uréia importada utilizada como suplemento animal. Há sérios riscos de contaminação, colocando em risco todo o rebanho nacional” comentou Maurício Velloso, presidente da Associação do Novilho Precoce do Estado de Goiás.*

(...)

*Para o senador Eduardo Amorim (PSDB/SE), autor do requerimento para a realização da audiência pública, o fechamento da Fafen na Bahia e em Sergipe vai desabastecer o mercado agrícola e tornar o País vulnerável e dependente do mercado externo. As fábricas deveriam encerrar as atividades em junho deste ano, mas uma decisão do presidente Michel Temer de criar um grupo de trabalho para tratar do assunto estendeu as atividades da Fafen nos dois estados até o mês de outubro.*

*Com o encerramento das atividades da Fafen-BA, o abastecimento do mercado de ureia fertilizante será feito por importação – o que impacta na forma produtiva das companhias misturadoras de adubo. A Petrobras informou que realizará investimentos no Porto de Aratu de forma a viabilizar a importação de amônia e o atendimento ao Polo Petroquímico de Camaçari. Para gás carbônico, há alternativas de suprimento no próprio Polo Petroquímico de Camaçari que serão discutidas com os clientes, segundo a companhia”.*

Ou seja: confirmando a afirmação do patrono da própria empresa autuada, segundo o qual a ureia é adquirida da Petrobrás (única fabricante do produto no país), bem como importada, o processo considerado como “produção” é em realidade, “industrialização”, consoante já firmado na defesa e manifestações posteriores.

Já a própria fabricante (Petrobrás), em seu site (<http://www.petrobras.gov.br/pt/produtos-e-servicos/produtos/nitrogenados/ureia-fertilizante/>), informa: *“A ureia é um fertilizante nitrogenado sólido usado para melhorar o rendimento dos cultivos. Disponível nas formas perolada (menor) e granulada (maior), a Ureia Fertilizante Petrobras contém 46% de nitrogênio, concentração que reduz custos de transporte, de armazenagem, de aplicação e da adubação propriamente dita.*

*Menos acidificante do que outros produtos nitrogenados, a ureia é muito eficiente na aplicação via irrigação, inclusive por aspersão. E atende do pequeno ao grande agricultor. A Ureia*

*Fertilizante é apresentada na forma de grânulos brancos e é comercializada a granel, em sacos de 25 kg e big bags”.*

De tal informação se constata que tal produto já é fornecido sob a forma granulada, conforme se vê na imagem abaixo, e em conformidade com a amostra apresentada pela defesa na sessão de julgamento:



Assim, a infração está devidamente caracterizada, devendo ser mantida, tal como lançada, não tendo eventual parecer emitido por servidor da Secretaria de Indústria e Comércio o condão de se sobrepor à Resolução exarada pelo Conselho Deliberativo do Programa, sequer de adentrar na análise em área para a qual não possui competência legal (tributária), vez estar a fiscalização do correto usufruto e cálculo do imposto sujeito à Secretaria da Fazenda.

Quanto ao Acórdão CJF 0136-12/16, mencionado pela defesa para amparar a sua argumentação a favor da improcedência do lançamento, se refere a julgamento relativo ao Auto de Infração 206898.0247/14-4 lavrado contra a empresa AGROFITO I LTDA. – ME, e não contra a autuada, referente a assunto diverso do ora analisado, razão pela qual não o considero.

Em verdade, o Acórdão invocado pela empresa autuada é o CJF 0136-12/13, julgado pela Colenda 2ª Câmara de Julgamento Fiscal. Entretanto, em relação ao mesmo, algumas observações são pertinentes: a primeira delas é que tal decisão não é vinculante; a segunda é a de que a Resolução em discussão não é a mesma ora analisada. A terceira, e talvez mais importante, é que, ao longo da discussão travada nos presentes autos, em momento algum a empresa negou que tivesse adquirido de terceiros os produtos contestados (ureia granulada, seus respectivos sacos de embalagem e superfosfato simples), ou seja, de que os produtos tivessem sido produzidos por ela, mas sim, industrializados, hipótese diversa daquele objeto do anterior julgamento, onde, pelo voto prolatado, se verifica existir dúvida, sim, diferentemente do presente caso, quanto a caracterização dos produtos objeto da autuação como de “produção própria”.

Tal distinção é de suma importância, como já visto ao longo do presente voto, daí por que não posso seguir o mesmo entendimento ali esposado, por tais motivos acima expostos.

Da mesma maneira não posso acolher o pleito defensivo de “compensação”, nos termos da decisão contida no Acórdão CJF 0172-11/18 tido como paradigma. E justifico: As hipóteses são diferentes. No presente caso, como foi inflada a base de apuração do imposto postergado em seu pagamento (dilatado), o valor do imposto reduzido foi aquele que deveria ser recolhido, e o foi a menor, razão da lavratura do Auto de Infração.

Ademais, os devidos ajustes podem ser feitos em relação ao imposto dilatado, bastando retificar, caso já tenha apresentado, as DPD (Declaração de Apuração Mensal do Programa Desenvolve), bem como reduzidas as parcelas do imposto a vencer, evidentemente após o recolhimento dos

valores ora lançados, não estando presente nos autos qualquer indicação de que os valores dilatados já foram recolhidos aos cofres públicos, ainda que de forma antecipada ou após o vencimento do período determinado na Resolução 055/2014, caso vencidos, sequer se já venceram, hipótese na qual seria devido o imposto pelo contribuinte.

Isso não significa que se esteja negando o fato de o ICMS Normal e ICMS Dilatado, serem originários de fato gerador único, mas sim, frente a ausência de prova nos autos de que houve o recolhimento do imposto sujeito ao prazo dilatado, para que se pudesse fazer a compensação, se assim o fosse.

Por outro lado, o próprio RPAF/99 em seu artigo 123, § 5º, assim determina:

“§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

- I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- II - se refira a fato ou a direito superveniente;
- III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.

Da mesma maneira, aplicável o teor do artigo 142 do RPAF/99: “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*”.

Foi esse, inclusive o posicionamento do autuante, ao destacar na sua informação fiscal: “*quanto ao saldo credor alegado existir pela empresa autuada, se posiciona no sentido de que não se demonstrou a origem dos valores, o que impossibilita a sua contestação, trazendo exemplo numérico o mês de junho de 2014, no qual a empresa na defesa alega ter saldo credor de imposto, todavia, na EFD apresentada para tal período, o saldo de imposto é devedor (fl. 103).*

*Garante o mesmo fato se repetir em todo o período fiscalizado, onde os valores apontados pela defesa, não correspondem ao ICMS apurado pelo próprio contribuinte*”.

Da mesma maneira, ao verificar os dados trazidos pela defesa, quanto aos “...valores pagos a maior pela empresa, constatou que todos os valores foram compensados nos períodos subsequentes, nada mais restando a ser compensado”.

Assim, faltam elementos consistentes de prova para acolhimento do pedido realizado.

Ademais, fato que entendo de extrema relevância e importância, e que sobretudo concorre para tal negativa do pedido, é o posicionamento do STJ, em decisões com efeito repetitivo, matéria, inclusive de sumulação (Súmula 212), no sentido de que “*a compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória*”.

Entende a Corte, ser “*inviável a compensação de ofício dos créditos reconhecidos à impetrante com débitos parcelados, ainda que sem garantia, pois estes se encontram com a sua exigibilidade suspensa*” (REsp 1645085RS, Relator Ministro Francisco Falcão, 28/06/2017), que trago como exemplo, sendo que nos termos do artigo 151 do CTN, inciso III, “*Suspendem a exigibilidade do crédito tributário as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo*”.

Em relação a tal decisão, aliás, importa destacar o fato de que a decisão de piso (Acórdão JJF 0122-01/17), cuja reforma se deu apenas em relação à compensação, considerou procedente a acusação fiscal quanto a erro no cálculo da parcela de imposto devido pelo contribuinte, em relação ao programa Desenvolve, ou seja, a reforma ocorrida no segundo grau foi apenas para compensar valores incentivados e não incentivados, nada mais. Na essência, reconheceu o erro cometido pelo sujeito passivo na apuração do imposto.

Quanto ao encaminhamento dos atos processuais para os advogados da empresa, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se

prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam o sentido.

Ainda assim, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Por fim, quanto a multa de 100% sugerida na autuação, esclareço que a mesma se encontra prevista nos incisos III e IV do artigo 42 Lei 7.014/96, sendo que no inciso III são aplicadas nos casos das presunções listadas no § 4º do artigo 4º da mesma Lei, quais sejam saldo credor de caixa, suprimento a caixa de origem não comprovada, manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, entradas de mercadorias ou bens não registrados, pagamentos não registrados, valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por: instituições financeiras, administradoras de cartões de crédito ou débito e “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante, além de outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque.

Já o inciso IV diz respeito às hipóteses de documentação fiscal inidônea, mercadoria ou bem encontrados em qualquer estabelecimento sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, mercadoria entregue ou o serviço prestado a destinatário ou usuário diverso do indicado no documento fiscal, o mesmo documento fiscal acobertar, mais de uma vez, operação ou prestação, emissão de documento fiscal com numeração ou seriação em duplicidade, consignação de quantia diversa do valor da operação ou prestação no documento fiscal, quando houver rasura, adulteração ou falsificação nos documentos e livros fiscais ou contábeis, quando não houver a emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo, o valor do imposto a recolher for fixado através de arbitramento, inclusive em estabelecimento não inscrito, exceto na hipótese de sinistro no estabelecimento, caso em que se aplica a multa prevista no inciso II, e se constatada qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei.

Como visto, nenhuma das hipóteses acima elencadas se enquadra na conduta adotada pelo contribuinte, não se caracterizando como omissão de receitas, o qual se enquadra na previsão do artigo 42, inciso II, alínea “a”, qual seja, *“em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente”*.

A defesa, seguramente mais preocupada em rebater os argumentos específicos à acusação fiscal, não se deu conta de tal fato, não tecendo qualquer alegação a respeito.

Todavia, diante da observação feita acima, e em nome da justiça fiscal, de ofício, reenquadro a penalidade para aquela contida no artigo 42, inciso II, alínea “a”, com imposição de multa de 60% sobre o valor do imposto, ao invés daquele indicado pelo autuante (100%).

Diante dos fatos narrados e dos expostos motivos, o lançamento é tido como procedente.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207140.0005/18-2** lavrado contra **FERTIPAR FERTILIZANTES DO NORDESTE LTDA.**, devendo o contribuinte ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.111.799,19**, acrescido da multa de 100%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 18 de setembro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR