

A. I. N° - 089643.0023/20-6
AUTUADO - OESTE BENEFICIADORA COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - WERTHER PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - IFMT NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.08.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0077-05/21-VD

EMENTA: ICMS. DIFERIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VENDAS INTERESTADUAIS. Não recolheu o ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Constatado que o ICMS lançado se refere a operações destinadas a outra Unidade da Federação, com mercadoria não enquadrada no regime de diferimento e não sujeita ao recolhimento antecipado do ICMS nas saídas interestaduais. O enunciado da infração não se coaduna com as ocorrências apuradas, evidenciando a não subsunção do fato à norma. Existência de vício jurídico capaz de nulificar o lançamento. Mérito apreciado com base no art. 155, parágrafo único do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Contribuinte comprovou ter oferecido as operações autuadas à tributação, apurado o imposto pelo regime de conta corrente fiscal, deduzido o incentivo do Desenvolve e recolhida a parcela não postergada em razão do mencionado programa, elidindo totalmente a imputação fiscal. Infração 01 insubsistente. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/09/2020, para exigir crédito tributário no valor histórico principal de R\$252.913,55 (duzentos e cinquenta e dois mil, novecentos e treze reais e cinquenta e cinco centavos), em decorrência da seguinte imputação:

Infração 01 - 02.10.01 – Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido. Fatos geradores ocorridos no mês de agosto de 2020. Multa de 60% prevista no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Complementando o enunciado da infração, existe no campo “Descrição dos Fatos”, às fls. 01 do AI, a seguinte informação: “... deixou de efetuar tempestivamente recolhimento de ICMS referente as mercadorias constantes nas Notas Fiscais Eletrônicas, enquadradas no regime de diferimento, destinadas a outra unidade da Federação nºs: 426-427-428-429-430-431-438-440-444-445-446 e 447, todas do mês 08/2020” (sic).

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), em 07/12/2020 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 16/12/2020, peça processual que se encontra anexada ao PAF às fls. 21 a 75. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por advogados legalmente constituídos, conforme documento de fl. 33.

Na peça impugnatória, inicia registrando que opera com o beneficiamento de algodão, fabricação, produção de óleo de caroço e produção de fibras de algodão.

Reproduz o enunciado da Infração, citando as NFEs que foram objeto da ação fiscal e tece comentários acerca do montante da exigência tributária e do percentual da multa aplicada.

Na sequência, como preliminar argui a ausência do fato gerador, esclarecendo que de forma prévia à lavratura do AI, a SEFAZ/BA o intimou para que apresentasse “no prazo improrrogável de 48 horas, os comprovantes de pagamento de ICMS, referente as NFEs nº: 426-427 e 428 de 03/08/2020; 429 e 430 de 06/08/2020; 431 de 07/08/2020; 438 de 13/08/2020; 440 de 15/08/2020; 444 de 24/08/2020; 445 de 25/08/2020; 446 e 447 de 28/08/2020, emitidas para outra unidade da federação”. Que tempestivamente atendeu ao requerido e prestou esclarecimentos ao Agente Fiscal informando que as referidas NFs foram devidamente registradas e fizeram base de cálculo para a apuração do ICMS a ser recolhido no dia 09 do mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, através do regime de apuração de conta corrente fiscal. E que por ser beneficiária do Desenvolve (Resolução 107/2015), possui diferimento em relação ao recolhimento do ICMS.

Salienta que nos esclarecimentos apresentados relatou que as NFs em apreço decorrem de produtos que são resultado de industrialização, através do CFOP 6101 e de NCM nº 52030000. Que não realiza o pagamento no momento da saída do produto, uma vez que é indústria e apura o imposto pelo regime de conta corrente fiscal. Que esclareceu e comprovou através do parecer oriundo do processo nº 01503620167, ter solicitado e obtido o credenciamento para não recolher antecipadamente o ICMS referente a produtos industrializados derivados do algodão (art. 332, inciso VII e § 4º do Decreto nº 13.780/2012). Que foram acostados os registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços, os quais demonstram que as NFEs acima referenciadas foram registradas e incluídas na apuração do ICMS a ser recolhido no dia 09 do mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador. Que desta forma, levando-se em consideração que previamente já houve a demonstração do direito da empresa, motivos não existiam para que a autoridade fiscal procedesse com a lavratura do AI, porque ficou comprovado previamente a ausência do fato gerador. E que, se o fato gerador que deu causa ao AI inexiste, resta inegável que este não deve prosperar.

Tece considerações sobre o AI ser um procedimento administrativo, nos termos do art. 142 do CTN, devendo seguir alguns requisitos para ter a sua validade no mundo jurídico. Transcreve a norma. Que faltaram dois dos pressupostos elencados: (i) a inexistência da ocorrência do fato gerador; e (ii) por via de consequência, o montante tributável devido. E que se impõe preliminarmente a improcedência desta autuação diante da inexistência do fato gerador e, com isso, do montante tributário exigível aqui relatado e comprovado.

Quanto ao mérito argumenta que a empresa não realiza o pagamento do ICMS no momento da saída do produto, pois é indústria e apura o imposto através do regime de conta corrente fiscal. Repete que está credenciada (Parecer/processo nº 01503620167), para não ter a obrigatoriedade do recolhimento antecipado de produtos industrializados derivados do algodão (art. 332, VII e §4º do Decreto nº 13.780/2012), vez que o processo restou indeferido, sob o fundamento de que a empresa já possuía a forma de apuração através do regime de Conta Corrente Fiscal.

Repisa que, a partir da análise dos registros fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços, documentos estes anexos, é possível verificar que as NFEs nº 426-427 e 428 de 03/08/2020; 429 e 430 de 06/08/2020; 431 de 07/08/2020; 438 de 13/08/2020; 440 de 24/08/2020; 446 e 447 de 28/08/2020 foram devidamente registradas e fizeram base de cálculo para a apuração do ICMS a ser recolhido no dia 09 do mês seguinte ao da ocorrência do fato gerador, através do regime de apuração do conta corrente fiscal, cujos comprovantes de pagamento seguem todos anexos, ficando comprovado que a empresa efetuou o pagamento do imposto devido de forma regular. Que é beneficiária do Desenvolve, motivo pelo qual o valor de apuração do ICMS a ser recolhido ao final de cada mês sofre o diferimento decorrente do mencionado programa. Que através da análise da Resolução nº 107/2015 é possível verificar que a empresa se encontra habilitada desde o dia 27/10/2015 ao benefício do Desenvolve, pelo prazo de 12 (doze) anos para as aquisições internas de insumos *in natura* (algodão), para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes de sua industrialização. Que a mercadoria objeto da autuação se refere a “Algodão industrializado em processo de cardagem” (vide notas fiscais anexas). E que se trata de produto industrializado, abrangido pelo benefício, nos termos do art. 2º do Decreto nº 8.205/2002, o qual

transcreve.

Aduz que, o art. 3º do mesmo Decreto estabelece que o beneficiário do Desenvolve apenas terá a obrigação de pagar o valor de 10% (dez por cento) de forma antecipada, neste caso dia 09 do mês subsequente devido ao sistema conta corrente, e o saldo residual de 90% poderá ser pago em até 72 (setenta e dois) meses. Reproduz o dispositivo.

Acrescenta que para não haver dúvidas de que o produto “algodão industrializado em processo de cardagem” se trata de um insumo que sofreu industrialização e que estaria abarcado pelo benefício do Desenvolve, faz uma breve explanação acerca do processo de produção do algodão cardado.

Conclui afirmando que, diante do exposto, verifica-se que é improcedente a autuação em tela.

Dando seguimento às suas razões impugnatórias, o autuado defende a constitucionalidade da multa aplicada com fulcro no art. 42, II, “f” da Lei nº. 7.014/1996, em razão de sua natureza confiscatória, citando o art. 150, IV da Constituição Federal, cujo enunciado reproduz.

Cita e reproduz também ementa de decisão do STF no RE 754554 AgR / GO cujo Relator(a): Min. CELSO DE MELLO/Julgamento em 22/10/2013 (DJe-234 DIVULG 27-11-2013 PUBLIC 28-11-2013), arrematando que a aplicação da multa no percentual de 60% é totalmente ilegal e arbitrária, pois fere frontalmente a legislação, constituindo-se num total desrespeito ao princípio do confisco, além de trazer prejuízo de grande monta para a Autuada, uma vez que atenta contra o seu patrimônio.

Por fim requer a improcedência da autuação: (i) preliminarmente pela inocorrência do fato gerador; e (ii) no mérito, em razão de que as NFs em questão consubstanciam mercadoria industrializada, gozando a empresa de benefício do programa Desenvolve, além de optar pelo pagamento via conta corrente fiscal, de modo que pelos comprovantes e demais documentos anexos ficou comprovado o devido e regular pagamento da exação tributária.

Em informação fiscal acostada aos autos às fls. 79 a 85, o autuante inicia fazendo um breve resumo sobre as razões de defesa apresentadas pelo contribuinte.

Quanto ao mérito, diz que o lançamento tributário observou o envio de mercadorias contempladas no regime de deferimento para outra unidade da federação sem o pagamento do ICMS destacado nas notas fiscais. Mas que a empresa está inscrita no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia — CAD-ICMS, como forma de apuração do tributo através do regime de Conta Corrente Fiscal, tendo o prazo de pagamento do ICMS apurado conforme determina o art. 332, até o dia 9 do mês subsequente. E que o contribuinte é habilitado ao DESENVOLVE (Lei 7.980/2001). E que há a previsão da dilação de prazo para pagamento do tributo, conforme art. 3º do Decreto nº 8.205/2002.

Aduz que conforme estabelece o art. 322, V, “e” (RICMS/BA), por ser produto agrícola e a empresa estar cadastrada como forma de apuração do tributo através do regime de Conta Corrente Fiscal, acredita “... *estar a empresa desobrigada a efetuar o pagamento do tributo, já que foi efetuado o devido registo em livro fiscal, como determina o §4º, apesar de a repartição fiscal a qual está vinculada ter negado solicitação do requerente no processo nº 01503620167 pois, inviabilizaria os benefícios imanentes preconizados do Programa DESENVOLVE*”.

Acrescenta que “*Talvez, o correto, como trata-se de empresa devidamente inscrita no CAD-ICMS, que tem como forma de apuração do tributo através do regime de Conta Corrente Fiscal, seria a fiscalização do período de 2016 a 2020, que, inclusive, fora realizado em solicitação da repartição fiscal a qual pertence a impugnante, pelo Auditor Fiscal Gilmar Santana Meneses, através de OS nº 500.289/21, onde gerou o Auto de Infração nº 2789060007/21-1 de 29/03/2021. (anexos)*”.

Conclui solicitando que a autuação fiscal, com a sua anuência, seja julgada improcedente.

Este é o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$252.913,55 (duzentos e cinquenta e dois mil, novecentos e treze reais e cinquenta e cinco centavos), e é composto de 01 (uma) Infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminamente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o pregaro, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal:

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, pregaro, 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.

(...)"

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

"CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)"

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)"

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que o enunciado da infração não corresponde à realidade dos fatos apurados, conforme se depreende do documento de fl. 05, denominado “DEMONSTRATIVO DA BASE DE CÁLCULO”, produzido pelo autuante, e que respalda o lançamento de ofício.

Do exame do mencionado demonstrativo, em combinação com a informação contida no campo “Descrição dos Fatos”, às fls. 01 do AI, a saber: “... deixou de efetuar tempestivamente recolhimento de ICMS referente as mercadorias constantes nas Notas Fiscais Eletrônicas, enquadradas no regime de diferimento, destinadas a outra unidade da Federação nºs 426-427-428-429-430-431-438-440-444-445-446 e 447, todas de mês 08/2020” (sic), conclui-se que, desenganadamente, o enunciado da “Infração 01 – 02.10.01: Deixou de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto

“diferido”, não se coaduna com as ocorrências apuradas, evidenciando a não subsunção do fato à norma, e evitando de vício jurídico insanável, capaz de nulificar o Auto de Infração por força do art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Contudo, tendo em vista o comando positivado no art. 155, parágrafo único do mesmo diploma legal, entende esta Relatoria que o mérito da lide deve ser apreciado:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

(...)”.

Passo então a julgar o mérito da acusação fiscal.

No que tange ao mérito da autuação referente à Infração 01, que versa sobre a falta do “*recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido*”, constato que:

- (i) O contribuinte exerce atividade econômica principal classificada no CNAE 1311100 – Preparação e fiação de fibras de algodão e apura o ICMS pelo regime da conta corrente fiscal (fl. 35);
- (ii) O contribuinte é beneficiário do Programa Desenvolve, conforme Resolução nº 107/2015 (fl. 72);
- (iii) A Resolução nº 107/2015 (fl. 72), concede ao contribuinte diferimento nas aquisições internas de insumos *in natura* (algodão), para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes de sua industrialização, além da dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos (art. 1º, I, “b” e II da RESOLUÇÃO Nº 107/2015):

“RESOLUÇÃO Nº 107/2015 (Publicada no Diário Oficial de 10/11/2015)

(...)

Art. 1º Considerar habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE o projeto de implantação da OESTE BENEFICIADORA, COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA., CNPJ nº 22.170.980/0001-03 e IE nº 123.721.112 PP, instalada no município de Luis Eduardo Magalhães, neste Estado, para produzir derivados de algodão (torta de algodão, algodão cardado e fios de algodão), sendo-lhe concedido os seguintes benefícios:

I - Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas seguintes condições:

(...)

*b) nas aquisições internas de insumos *in natura* (algodão), para o momento em que ocorrer a saída dos produtos resultantes de sua industrialização.*

(...)

II - Dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

(...)”

- (iv) Consoante o comando inserido no art. 286, § 3º do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012)
- (v) Considera-se lançado o imposto diferido se a saída subsequente da mercadoria ou do produto resultante de sua industrialização for tributada, sendo este o caso em exame:

RICMS/BA (Decreto nº 13.780/2012)

(...)

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

(...)

§ 3º Considera-se lançado o imposto diferido se a saída subsequente da mercadoria ou do produto resultante de sua industrialização for tributada.

(...)

- (vi) O produto algodão cardado NCM/SH 5203.00.00, objeto da autuação, é industrializado segundo classificação da TIPI (alíquota “zero” de IPI);
- (vii) O citado produto (algodão cardado) não está sujeito ao regime de diferimento, nem tampouco ao recolhimento antecipado do ICMS nas saídas interestaduais;
- (viii) As operações alcançadas pela ação fiscal são interestaduais, destinadas ao Estado de Sergipe;
- (ix) As NFs arroladas pela fiscalização, quais sejam as de nºs. 426-427-428-429-430-431-438-440-444-445-446 e 447, todas do mês 08/2020, estão registradas no “Registro de Saídas” da EFD/agosto/2020 do contribuinte, sob o CFOP 6101 (Venda de produção do estabelecimento para outros estados), cujo total foi transferido para o competente “Registro de Apuração do ICMS” da EFD do mesmo período de apuração; e
- (x) O saldo devedor apurado no mês de agosto/2020, após calculado e deduzido o incentivo do Desenvolve, ou seja, após excluído o valor postergado em razão do mencionado programa, foi recolhido, conforme documentos acostados aos autos às fls. 69 e 70, e registro existente no sistema INC – Informações do Contribuinte, da SEFAZ/BA.

Neste diapasão, julgo que no presente caso, não está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo pelo lançamento e recolhimento do ICMS apurado no levantamento fiscal consubstanciado no documento de fl. 05, e documentos de fls. 06 a 17, que dão supedâneo à autuação em apreço, referente à Infração 01, descrita à fl. 01 deste PAF, em especial pelo fato do contribuinte ter trazido aos autos elementos fático-probatórios, capazes de elidir totalmente a imputação fiscal de número 01, descrita na peça de lançamento. Infração 01 totalmente insubsistente.

Pelas razões acima expostas, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089643.0023/20-6**, lavrado contra **OESTE BENEFICIADORA COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 20/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ANTÔNIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR