

A. I. N° - 279691.0020/21-3

AUTUADO - HNK BR INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.

AUTUANTES - JOILSON SANTOS DA FONSECA e GERALDO BARRROS RIOS

ORIGEM - DAT NORTE/IFEP NORTE

PUBLICAÇÃO INTERNET – 18/10/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0180-01/22-VD

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Os bens do ativo fixo abrangidos pelo diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, são exclusivamente aqueles que servirão ao setor produtivo e não aqueles posteriormente alocados em pontos de venda, na comercialização dos bens produzidos. Indeferido o pedido de exclusão dos juros de mora e das penalidades, com fundamento no parágrafo único do art. 100 do CTN, por falta de previsão legal. Indeferido o pedido de afastamento da multa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2021, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$ 735.247,36, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração imputada ao autuado: *Infração 01 – 006.001.001 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.*

Período de ocorrência: meses de fevereiro a abril, novembro e dezembro de 2018, fevereiro, agosto e dezembro de 2019, abril, outubro a dezembro de 2020.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, apresentou Defesa (fls. 13 a 28). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Apresenta uma síntese fática. Esclarece que se dedica à fabricação e comercialização de cervejas, chopes e refrigerantes, realizando, tanto operações internas quanto interestaduais, se sujeitando, portanto, ao recolhimento do ICMS na qualidade de contribuinte deste imposto.

Explica que adquire bens oriundos de outros Estados da Federação, sejam estes insumos de produção, bens de uso e consumo de seu estabelecimento ou bens para incorporação de seu ativo imobilizado. Acrescenta que em relação aos bens de uso e consumo e bens para incorporação no ativo imobilizado é sabido que a legislação estadual estabelece a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS calculado com base na diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, denominado como “ICMS/DIFAL”.

Alega, no entanto, que por força de benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia, só se sujeita ao recolhimento do ICMS/DIFAL nas aquisições de mercadorias que são destinadas a seu uso e consumo, pois referido benefício fiscal dispensa a obrigação de referido recolhimento no momento da aquisição de bens destinados ao seu ativo fixo.

Diz que isso porque, com relação aos bens destinados ao seu ativo fixo, goza do benefício fiscal concedido no âmbito do Programa DESENVOLVE, que lhe garante o diferimento do ICMS/DIFAL

para o momento da desincorporação dos bens do ativo.

Alega que não obstante sua total conformidade com a legislação tributária e com as regras de referido benefício fiscal a Fiscalização lavrou o Auto de Infração em questão, ignorando completamente o benefício fiscal vigente e alegando a acusação suposta ausência de recolhimento do ICMS/DIFAL.

Sustenta que a autuação é improcedente, já que o ICMS/DIFAL em escopo foi lançado de forma equivocada e ilegal, haja vista que referidas operações estão abarcadas pelo diferimento do recolhimento do ICMS/DIFAL para o momento da desincorporação destes bens do ativo da empresa, nos termos do benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia no âmbito do Programa DESENVOLVE.

Reporta-se sobre a DESCONSIDERAÇÃO DO BENEFÍCIO FISCAL DA IMPUGNANTE - PROGRAMA DESENVOLVE.

Observa que a partir da planilha com as informações detalhadas das Notas Fiscais que compuseram o suposto débito fiscal de ICMS/DIFAL (doc. 03) é possível verificar que todas as Notas Fiscais arroladas na autuação referem-se a refrigeradores.

Diz que é fato relevante para análise do presente caso, destacar que a própria Fiscalização estabelece a premissa de que referidos refrigeradores integram ativo imobilizado da empresa, tanto é assim que exige ICMS/DIFAL que não teria sido recolhido no momento da aquisição de tais ativos imobilizados.

Destaca, ainda, que referidos refrigeradores são essenciais à comercialização dos seus produtos, haja vista que são bens cedidos em comodato a seus distribuidores com a finalidade de que as bebidas sejam armazenadas de forma correta no estabelecimento comercial, funcionando ainda como instrumento de veiculação de publicidade de seus produtos, o que contribui de forma essencial ao incremento de suas vendas.

Salienta que referidos refrigeradores são cedidos em mero comodato a seus clientes, de modo que a sua propriedade não é transferida e, ainda, permanece sob a sua titularidade para todos os fins de direito, tal como o registro em seu ativo fixo, a contabilização de sua depreciação, entre outras medidas.

Assinala que o E. Supremo Tribunal Federal (STF) fixou tese de Repercussão Geral nos autos do RE nº 1141756 (Tema de Repercussão Geral nº 1.052), no sentido de que os bens cedidos em comodato a terceiros, tal como os refrigeradores que adquiriu, são considerados bens do ativo imobilizado da comodante e, portanto, geram direito a créditos. Neste sentido, destaca e reproduz excertos do Voto do Ministro Relator Marco Aurélio Mello, cujo entendimento se sagrou vencedor no Plenário do STF. Acrescenta no mesmo sentido que, também, a jurisprudência já consolidada do C. Superior Tribunal de Justiça (STJ), que julgou a questão especificamente com relação aos refrigeradores cedidos em comodato por fabricante e distribuidora de bebidas aos seus clientes.

Menciona que se alinhando a esse entendimento, a 3^a Junta de Julgamento Fiscal do CONSEF/BA, proferiu decisão nos autos do Auto de Infração n. 206918.0006/04-3, conforme teor da ementa que reproduz.

Afirma que desse modo, é incontrovertido o fato de que os bens sobre os quais a Fiscalização exige ICMS/DIFAL foram adquiridos pela empresa para utilização em sua atividade e integram o seu ativo fixo.

Diz que assim sendo, a Fiscalização deixou de observar que a empresa é beneficiária do Programa DESENVOLVE, pelo qual o Estado da Bahia confere ao Contribuinte o direito ao diferimento do pagamento do ICMS relativo às aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo, para o momento de sua desincorporação, nos termos do artigo 2º, inciso I, alínea “c”, do Decreto nº 8.205 de 2002, cuja redação reproduz.

Afirma que pela leitura do dispositivo acima referido, verifica-se que não há qualquer condicionamento com relação à aquisição do ativo fixo, bastando que seja a aquisição de mercadoria destinada a tal finalidade para que o Contribuinte possa gozar do direito ao diferimento do pagamento do ICMS/DIFAL.

Salienta que na forma disposta no artigo 7º, inciso I, do Decreto nº 8.205 de 2002, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE habilitou a empresa ao referido Programa DESENVOLVE, editando, neste sentido, a Resolução nº 72 de 2010 (Doc. 04), por meio da qual o Estado da Bahia concedeu o benefício fiscal do diferimento, conforme texto que reproduz.

Alega que nos termos da legislação e dos atos concessórios relacionados ao benefício em escopo, o "diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS" relativo ao diferencial de alíquotas é aplicável a toda e qualquer aquisição "de bens destinados ao ativo fixo".

Registra que nesse sentido, encontrou jurisprudência do CONSEF, que já decidiu de forma favorável ao Contribuinte, exarando o entendimento de que o benefício fiscal referente ao Programa DESENVOLVE prevê o diferimento do lançamento e pagamento do ICMS/DIFAL devido em razão da aquisição de bens destinados ao ativo fixo do estabelecimento, destarte, o pagamento do ICMS/DIFAL na operação mencionada não é devido no momento de aquisição dos bens destinados ao ativo fixo, e sim no momento de sua desincorporação. Reproduz as ementas dos Acórdãos JJF N. 0209-01/18 e CJF N.º 0254-11/16.

Consigna que em respeito ao princípio constitucional da isonomia previsto no artigo 5º, inciso II e artigo 150, inciso II da Constituição Federal (CF), os precedentes acima destacados devem ser aplicados ao presente caso, pois, na seara do direito tributário, o princípio da isonomia significa dizer que será assegurado aos contribuintes o direito de receberem o mesmo tratamento dispensado a outros contribuintes que encontrem-se em situações semelhantes, sendo, somente, possível o tratamento desigual, em situações que sejam necessárias adotar um critério discriminatório legítimo.

Observa que o mencionado princípio busca, principalmente, trazer segurança jurídica aos contribuintes, viabilizando a previsibilidade das exações, evitando-se assim que o contribuinte seja surpreendido com autuações como a do presente caso.

Frisa que nessa senda, tanto a Administração Fazendária como o Poder Judiciário, deverão observar o princípio em questão no momento de interpretarem e aplicarem normas de natureza tributária. Acrescenta que tal questão pode ser melhor explicitada com os ensinamentos do ilustre doutrinador Antonio Roque Carrazza, cujo teor reproduz.

Assevera que além disso, a literalidade das disposições legais deve ser levada em conta para a justa solução do presente caso, haja vista que por se tratar de benefício fiscal, a interpretação das suas normas instituidoras deve ser literal, consoante o artigo 111 do CTN, cuja redação transcreve.

Alega que apesar de a Fiscalização não ter conferido quaisquer justificativa com relação à exigência do ICMS/DIFAL na aquisição dos refrigeradores em questão, é certo que a verificação da impropriedade da presente exigência deverá levar em consideração a interpretação literal da legislação e dos atos concessórios relacionados ao benefício fiscal em escopo.

Diz que da leitura mais atenta de referidos dispositivos, não há dúvidas de que à época das aquisições ora questionadas gozava do benefício fiscal que lhe conferiu o direito ao diferimento do recolhimento do ICMS/DIFAL para o momento da desincorporação de tais bens de seu ativo imobilizado, portanto, eventual cobrança do ICMS/DIFAL no momento da aquisição dos bens destinados ao ativo imobilizado só seria admissível em duas hipóteses pela demonstração de que: (i) Naquele mesmo momento, o bem foi desincorporado do ativo imobilizado do contribuinte; ou de que (ii) O bem adquirido não detém as características necessárias à sua qualificação como bem destinado ao ativo imobilizado.

Alega que compulsando todo trabalho fiscal, bem como o Auto de Infração, não se verifica

qualquer justificativa a esse respeito e tampouco qualquer outra fundamentação senão a própria regra geral aplicável a contribuintes que não gozam do benefício fiscal em escopo.

Aduz que conjugando todas as reflexões efetuadas até o momento, combinadas com o fato de que o lançamento fiscal foi fundamentado tão somente com base na regra geral de recolhimento do ICMS/DIFAL, não se chega a outra conclusão senão pela patente necessidade de cancelamento da cobrança levada a efeito, na medida em que há norma tributária específica que prevê o diferimento do recolhimento do imposto em referida situação.

Salienta que se de acordo com jurisprudência pacífica do E. STJ e do E. STF, já acima mencionada, os bens adquiridos pelo contribuinte (que possui titularidade sobre tal propriedade, que faz parte de seu patrimônio) dão direito à crédito de ICMS operação própria, eis que integram seu ativo fixo, mesmo que cedido para uso de terceiros, igual razão deve ser aplicada para a não incidência do ICMS/DIFAL no âmbito do Programa DESENVOLVE.

Afirma que se o próprio Auto de Infração estabelece expressamente que os bens fiscalizados se destinam ao ativo fixo da empresa, e não havendo qualquer outra motivação para fundamentar a pretensa cobrança, o lançamento fiscal é ilegal pois viola o direito ao diferimento concedido expressamente por força do Decreto Estadual nº 8.205 de 2002 e da Resolução nº 72 de 2010.

Reporta-se sobre o AFASTAMENTO DAS MULTAS E JUROS POR FORÇA DO ARTIGO 100, PARÁGRAFO ÚNICO DO CTN.

Friza que não obstante o claro e literal diferimento concedido pelo Estado da Bahia pela Resolução nº 72 de 2010, com suporte no Decreto Estadual nº 8.205 de 2002, caso entenda-se por desconsiderar o benefício fiscal concedido, o que se admite apenas em uma remota possibilidade, pelo princípio da eventualidade, ao menos a multa e os demais encargos cobrados no lançamento fiscal ora impugnado devem ser afastados.

Alega que isso porque, de acordo com o artigo 100, inciso I, do CTN, são normas complementares das Leis, os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, ao passo que o parágrafo único do referido artigo determina que a observância destas normas exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo. Reproduz referido dispositivo legal.

Aduz que nesse sentido deixou de recolher o imposto exigido pela Fiscalização por força expressa da Resolução nº 72 de 2010, o que de acordo com o artigo 100 inciso I, parágrafo único do CTN, torna inexigíveis as multas e juros cobrados por meio da autuação.

Diz que é justamente nessas situações, nas quais o contribuinte tenha agido em estrita conformidade com a legislação vigente e com as regras que lhe são impostas, que busca alcançar o citado parágrafo único do artigo 100 do CTN. Ou seja, não pode a empresa, que procedeu de acordo com a Resolução nº 72 de 2010 e respeitou a prática, ser apenada pelo afastamento repentina do benefício fiscal que lhe fora concedido.

Alega que tanto o é que a Fiscalização não teceu qualquer observação quanto a um suposto descumprimento de requisitos para fruição do benefício fiscal em escopo, o que evidencia ainda mais o fato de que a empresa agiu em razão de estar respaldada por norma tributária que lhe prevê expressamente referido direito.

Conclusivamente, diz que desse modo, ainda que em uma remotíssima hipótese se entenda por devido o ICMS/DIFAL com relação às operações em escopo, não há dúvidas de que deve ao menos ser afastada a exigência de multa e juros ao presente caso, na medida em que agiu respaldada pela literalidade da norma tributária que lhe conferiu o benefício fiscal em apreço.

Finaliza a peça defensiva requerendo o cancelamento integral do Auto de Infração ou, subsidiariamente, em virtude do princípio da eventualidade, que sejam afastadas as multas e juros incidentes sobre os valores lançados, com espeque no artigo 100, inciso I, parágrafo único do CTN, pois a falta de recolhimento do ICMS/DIFAL se deu com respaldo na mencionada

Resolução n° 72 de 2010.

A Informação Fiscal foi prestada por um dos autuantes (fls.80 a 82). Consigna o preposto fiscal que a análise do mérito de toda a questão está no entendimento se o diferimento do pagamento do diferencial de alíquotas, previsto no Programa DESENVOLVE, atinge ou não todo ativo fixo que o estabelecimento adquirir, seja este ativo vinculado a atividade industrial ou não.

Diz que para melhor contextualizar e seguir a linha de entendimento adotada na autuação se faz necessário pontuar que o Programa DESENVOLVE foi instituído com o objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado da Bahia, estimulando a instalação e modernização de novas indústrias. Acrescenta que para tanto, foram criados benefícios com intuito de incentivar o aparelhamento e a modernização do parque fabril, sendo com esse pressuposto que o Estado da Bahia por meio da Resolução 21/2018 habilita o contribuinte em lide a usufruir dos incentivos fiscais do Programa DESENVOLVE. Reproduz o teor da referida Resolução n. 21/2018.

Diz que da leitura da Resolução, observou que o inciso I, que dispõe sobre o diferimento, está diretamente ligado ao *caput* do artigo 1º, onde o objeto do benefício descrito é a produção dos itens ali dispostos.

Afirma que dessa forma, não tem como distanciar o entendimento de que o benefício deve ser aplicado aos ativos fixos vinculados ao processo produtivo de tais produtos, não encontrando amparo na legislação a extensão da utilização do mesmo para bens vinculados a etapas de comercialização.

Ressalta que o RICMS/12 ao discorrer sobre matéria semelhante dispõe expressamente sobre a necessidade de utilização dos bens na planta de produção, reproduzindo, neste sentido, o art. 286 do aduzido RICMS/BA/12.

Manifesta o entendimento de não haver dúvida que o diferimento para o pagamento do diferencial de alíquotas referente a aquisição de ativo imobilizado abrange os ativos utilizados no setor produtivo objeto do incentivo fiscal, sendo que no caso em lide, os refrigeradores nem na fábrica são alocados uma vez que tem como destino pontos de comercialização de propriedades de terceiros.

Ressalta que em decisões do Conselho de Fazenda, quanto ao julgamento dos últimos trabalhos de fiscalização realizados junto a este mesmo contribuinte corroboram o entendimento de que os refrigeradores, objeto de autuação, estão sujeitos ao pagamento do ICMS diferencial de alíquotas, conforme se verifica nos Acórdãos JJF N° 0206-01/17 e CJF N° 0201-11/18.

Finaliza a peça informativa mantendo na íntegra o Auto de Infração.

VOTO

A acusação fiscal é de que o autuado deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.

Basicamente a lide se cinge ao fato de ser ou não exigível o ICMS atinente à diferença de alíquotas, conforme a acusação fiscal, em face de o autuado se tratar de Contribuinte beneficiário do Programa DESENVOLVE, nos termos da Resolução n. 72/10 - conforme aduzido pelo impugnante na peça impugnatória - e Resolução 21/2018 - conforme aduzido pelo autuante na Informação Fiscal -, e ter adquirido refrigeradores que, posteriormente, fornece aos seus clientes a título de comodato.

No tocante a Resolução n. 72/10, cabe observar que originariamente fora concedida ao Contribuinte PRIMO SCHINCAROL INDÚSTRIA DE CERVEJAS E REFRIGERANTES S/A, sendo posteriormente alterada a titularidade para o Contribuinte BRASIL KIRIN INDÚSTRIA DE BEBIDAS S/A e, finalmente, houve a alteração da titularidade para o Contribuinte HNK BR INDÚSTRIA DE

BEBIDAS S/A, esta última conforme a Resolução nº 71/17, de 21/11/17, DOE de 29/11/17, efeitos a partir de 29/11/17, em face à compra das empresas do grupo econômico BRASIL KIRIN.

Independentemente das alterações da titularidade acima reportada, no que interessa ao exame do presente caso, a referida Resolução 72/10 apresenta a seguinte redação:

RESOLUÇÃO Nº 72/2010

Habilita a HNK BR INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA., aos benefícios do DESENVOLVE.

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, no uso de suas atribuições e nos termos da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002 e alterações,

RESOLVE:

Art. 1º Considerar habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE o projeto de ampliação da HNK BR INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA., CNPJ nº 50.221.019/0057-90 e IE nº 084.864.956NO, instalada no município de Alagoinhas, neste Estado, para produzir cervejas, refrigerantes, skinka em embalagens Pet, sucos prontos para beber (néctar), inclusive suco tropical e envasar água mineral, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios:

I - Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação;

A Resolução 21/2018 apresenta a seguinte redação, também no que interessa ao exame do presente caso:

RESOLUÇÃO Nº 21/2018

(Publicada no Diário Oficial de 10/04/2018)

Habilita a HNK BR INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA., aos benefícios do DESENVOLVE.

O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, no uso de suas atribuições e nos termos da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, e alterações e considerando o que consta do processo SDE nº 1100170014195,

RESOLVE:

Art. 1º Considerar habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE o projeto de ampliação/modernização da HNK BR INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA., CNPJ nº 50.221.019/0057-90 e IE nº 084.864.956NO, instalada no município de Alagoinhas, neste Estado, para produzir cervejas, chopes, refrigerantes, bebidas mistas, água mineral e sucos, sendo-lhe concedido os seguintes benefícios:

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

a) nas importações e nas aquisições no Estado e em outros Estados relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento de sua desincorporação e;

O autuado sustenta que descabe a exigência fiscal porque inexiste qualquer restrição na referida Resolução 72/2010 quanto aos bens adquiridos e suas respectivas destinações.

O autuante contesta a alegação defensiva por entender que o diferimento para o pagamento do ICMS diferencial de alíquotas referente a aquisição de ativo imobilizado, nos termos da Resolução 21/2018, abrange os ativos utilizados no setor produtivo objeto do incentivo fiscal, sendo que no caso em lide, os refrigeradores nem na fábrica são alocados uma vez que tem como destino pontos de comercialização de propriedades de terceiros.

Inicialmente, cabe assinalar que a matéria de que cuida o presente Auto de Infração não é nova no âmbito deste CONSEF e, especialmente, no âmbito desta 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

Assim é que, nos termos do Acórdão JJF Nº. 0206-01/17, esta Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela procedência da autuação, em face de o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de Dezembro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, ter por finalidade precípua estimular a instalação de novas indústrias no Estado da Bahia e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos, aperfeiçoamento tecnológico e redução de custos. Justamente por isso, qualquer operação que extrapole o objetivo do Programa não será alcançada pelos benefícios fiscais ali previstos.

No caso, foi consignado que a Resolução nº 72/2010 (Art. 1º), publicada no Diário Oficial de 22 e 23/05/2010, do Conselho Deliberativo do Programa DESENVOLVE, habilitou projeto de ampliação do contribuinte autuado para “produzir cervejas, refrigerantes, skinka em embalagens, Pet, sucos prontos para beber (néctar), inclusive suco tropical e envasar água mineral”, concedendo, entre

outros, o benefício do Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições, nesse Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a desincorporação.

Considerou-se que os bens do ativo fixo que estão sujeitos ao diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS diferencial de alíquotas são apenas aqueles que servirão ao setor produtivo e industrial e não aqueles posteriormente alocados em pontos de venda, na comercialização dos bens por ela produzidos, como argumentou o sujeito passivo, portanto, a aquisição dos freezers, alocados, posteriormente, aos pontos de venda, para emprego exclusivamente na comercialização dos bens por ela produzidos, não pode fazer jus ao benefício fiscal de diferir o lançamento e o pagamento do ICMS relativo ao diferencial de alíquotas, nos termos do artigo 2º, inciso I, alínea "c", do Decreto nº 8.205/02 (Programa DESENVOLVE).

Relevante registrar que a referida decisão desta Junta de Julgamento Fiscal foi mantida pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF, conforme o Acórdão CJF N°. 0201-11/18, cuja ementa apresenta a seguinte redação:

[...]

2. *DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. ATIVO FIXO.* A Resolução nº 72/2010 do DESENVOLVE, habilitou projeto de ampliação do contribuinte autuado para “produzir cervejas, refrigerantes, skinka em embalagens, Pet, sucos prontos para beber (néctar), inclusive suco tropical e envasar água mineral”. Logo, os bens do ativo fixo que estão sujeitos ao diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS diferencial de alíquotas são apenas aqueles que servirão ao setor produtivo e não aqueles posteriormente alocados em pontos de venda, na comercialização dos bens produzidos. Infração caracterizada.

Cabível, ainda, assinalar que nos termos do Acórdão CJF N° 0230-11/21 a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal manteve a decisão proferida pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal no Acórdão 0071-02/21, sendo a matéria objeto de julgamento idêntica a tratada no presente Auto de Infração e na qual o autuado também figurou no polo passivo da autuação.

No aduzido Acórdão CJF N° 0230-11/21 a ilustre Conselheira/Relatora consignou o seguinte:

O presente Auto de Infração, imputa ao sujeito passivo o cometimento de falta de recolhimento de ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, referente aos meses de fevereiro a abril, junho, agosto a dezembro de 2016, janeiro e maio a outubro de 2017, tendo a autuante informado que: “Essa infração ocorreu quando a empresa, indústria de cervejas, comprou refrigeradores para serem utilizados por suas distribuidoras e não efetuou o pagamento da diferença de alíquotas, nos anos de 2016 e 2017, conforme demonstrativos anexados ao processo”.

A empresa recorrente é beneficiária do DESENVOLVE, através da Resolução 72/10, destinados à produção de cervejas, refrigerantes, etc.

Em seu art. 1º, I, estabeleceu o diferimento do lançamento e pagamento do ICMS nas importações e aquisições relativas ao DIFAL, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer a desincorporação.

Vale ressaltar, que o inciso está ligado ao caput da norma e a resolução é clara ao falar da produção das mercadorias.

Tendo em vista o próprio objetivo do benefício em questão, o qual já foi vastamente abordado pelo contribuinte em suas alegações, bem como pela Junta na decisão proferida, é salutar que o diferimento em questão alcança os bens empregados na atividade industrial, não se estendendo à etapa de comercialização das mercadorias produzidas, quando se analisa o próprio objeto da resolução, que é a produção das cervejas, refrigerantes, etc.

Assim, a interpretação extensiva utilizada pelo contribuinte me parece um tanto equivocada, uma vez que não é possível a aplicação do diferimento para a compra de refrigeradores utilizados na comercialização de produtos, através de rede de distribuidoras e atacados. Assim, o benefício deve ser aplicado aos bens ligados diretamente ao processo de industrialização dos produtos incentivados, ou seja, relacionados ao seu processo fabril, o que não abarca os mencionados refrigeradores, por se tratarem de bens alheios às atividades de industrialização.

Fortalecendo tal entendimento, o art. 286, XXV do RICMS/12, é taxativo ao determinar que o diferimento deve ser utilizado em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, no intuito de fomentar a compra de máquinas, equipamentos e aparelhos destinados à implantação ou ampliação da industrialização, razão pela qual agiu acertadamente a autuação com a cobrança em questão:

Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS: (...)

XXV - nas entradas decorrentes de importação do exterior, nas operações internas, desde que produzidos

neste Estado, e nas aquisições interestaduais, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo imobilizado de estabelecimentos industriais ou agropecuários localizados neste Estado, para serem utilizados em processo de implantação ou ampliação da planta de produção, inclusive sua automação, observado o disposto nos §§ 13, 14 e 15 deste artigo;

Deste modo, entendo como equivocado o entendimento do sujeito passivo, de que o diferimento abarcaria qualquer aquisição de mercadoria destinada à incorporação do ativo fixo, entendimento este, que foge à própria lógica do benefício do DESENVOLVE.

Quanto ao pedido de afastamento da multa sugerida, lembro que este, como os demais órgãos julgadores administrativos, não tem competência para afastar multa aplicada por descumprimento de obrigação principal, nem acessória, prerrogativa anteriormente prevista no § 8º do mesmo artigo, já havia sido revogado pela Lei nº 12.605, de 14/12/2012.

Assim, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a decisão de piso.

Conforme se verifica da leitura do Acórdão acima reproduzido o entendimento manifestado foi o mesmo também anteriormente manifestado por esta Junta de Julgamento Fiscal, ou seja, não é possível a aplicação do diferimento para a compra de refrigeradores utilizados na comercialização de produtos, por meio de rede de distribuidoras e atacadões, haja vista que o diferimento deve ser aplicado aos bens ligados diretamente ao processo de industrialização dos produtos incentivados, relacionados ao processo fabril da empresa, portanto, não abrangendo às aquisições de refrigeradores, por se tratar de bens alheios ao processo produtivo da empresa.

Diante do exposto, a infração é procedente.

Vale observar que o Acórdão JJF N° 0209-01/18, invocado pelo impugnante como fundamento para elidir a autuação, tratou de matéria totalmente diversa da tratada no presente caso, haja vista que naquele caso o autuado foi uma empresa de mineração cujos bens foram considerados como utilizados no seu processo extrativo, inexistindo qualquer discussão sobre a cessão em comodato de bens alheios ao referido processo.

Por fim, no tocante ao pedido de afastamento da multa imposta, vale consignar que esta JJF não tem competência para afastar multa aplicada por descumprimento de obrigação principal, prerrogativa das Câmaras anteriormente prevista nos termos do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/2019, enquanto o § 8º do mesmo artigo já havia sido revogado pela Lei 12.605, de 14/12/2012.

Quanto ao pedido de exclusão dos juros de mora e das penalidades, com fundamento no parágrafo único do art. 100 do CTN, cabe observar que o referido parágrafo único do art. 100 do CTN prevê a exclusão da imposição de penalidades, da cobrança de juros de mora e da atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo, no caso de inobservância das normas previstas nos incisos I a IV do referido dispositivo legal, fato que não se observa no presente caso.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 279691.0020/21-3, lavrado contra **HNK BR INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 735.247,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

