

A.I. Nº - 206955.0010/21-0
AUTUADO - PRISMAPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS LEMOS CARVALHO
ORIGEM - DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/11/2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0207-01/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA DILATADA. Autuado comprovou que a maioria das operações consideradas pela autuante como vinculadas ao projeto incentivado de fato não estavam, pois se tratavam de operações de saída de matéria-prima a título de empréstimo para empresa pertencente ao mesmo grupo empresarial com retorno subsequente. Demonstrativo retificado. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 17/12/2021, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 530.619,22, em razão de recolhimento a menos do ICMS por erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE (03.08.04), ocorrido nos meses de fevereiro a maio de 2017, de agosto de 2017 a março de 2018, de setembro e novembro de 2018 e de janeiro, fevereiro, julho, outubro e dezembro de 2019, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96. A autuante acrescentou que o autuado classificou grande parte das notas fiscais de entrada e saída da matéria-prima “composto de polietileno” como operações não incentivadas pelo DESENVOLVE.

O autuado apresentou defesa das fls. 28 a 41. Explicou que a autuação não deve prosperar porque as notas fiscais de entrada e saída de composto de polietileno se referem a empréstimos e devoluções de empréstimos, não devendo ser incluídos como créditos ou débitos vinculados ao DESENVOLVE. Alegou que o presente auto de infração poderia ter sido evitado se a fiscalização tivesse ouvido suas explicações durante o procedimento fiscalizatório. Assim, considerou que teve seu direito à ampla defesa cerceado já durante o procedimento fiscalizatório, requerendo a nulidade do auto de infração.

Ressaltou que as saídas de composto de polietileno a título de empréstimo e as suas entradas a título de devoluções foram classificadas como débito não vinculado ao projeto (DNVP) e crédito não vinculado ao projeto (CNVP), respectivamente, conforme itens 2.1.23 e 2.2.21 da Instrução Normativa nº 27/09. Disse que essas operações são comuns e foram feitas visando suprir necessidades imediatas com a empresa NORPACK, que pertence ao Packing Group, ao qual também faz parte. Anexou, como exemplo, as notas fiscais nº 30198 e 38376 (fls. 33 e 34), onde constam referências de se tratarem de empréstimo e retorno.

Concluiu que não submeteu essas saídas e entradas ao incentivo do DESENVOLVE por serem CNVP e DNVP. Destacou que tal matéria já foi apreciada pela 3^a Junta de Julgamento do CONSEF no Auto de Infração nº 206955.0032/16-7, oportunidade em que a mesma autuante acolheu a alegação defensiva que essas operações não são incentivadas pelo DESENVOLVE, sendo mantida na 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, conforme Acórdão CJJ nº 0077-11/19.

Alertou, ainda, que foi incluído no demonstrativo como operação de DNVP valores recolhidos de ICMS nas operações de fornecimento de refeições para funcionários sujeitas ao regime de substituição tributária por diferimento. Anexou uma planilha com revisão da apuração do saldo devedor do ICMS passível de incentivo pelo DESENVOLVE com a finalidade de demonstrar todos

Considerou que a multa aplicada representa manifesta constitucionalidade por ofensa aos arts. 37 e 150 da Constituição Federal. Requeru que o processo seja convertido em diligência para comprovar que os cálculos feitos pela autuante estão equivocados. Requeru, também, que todas as intimações sejam enviadas ao patrono indicado à fl. 41.

A autuante apresentou informação fiscal das fls. 102 a 105. Destacou que, ao contrário do que alega o autuado, durante a ação fiscal manteve vários contatos via e-mail para esclarecimentos acerca do procedimento fiscalizatório, apresentando os resultados preliminares, conforme cópias às fls. 102 e 103.

A autuante confirmou que a autuação decorre da inclusão indevida na apuração do DESENVOLVE como CNVP e DNVP de saídas e entradas de produtos com CFOP 1949 e 5949, respectivamente, em razão de empréstimos das mercadorias junto à empresa Norpack Indústria e Comércio de Produtos Plásticos Ltda, pertencente ao mesmo grupo econômico. Alegou que essas operações de empréstimos não estão previstas na Instrução Normativa nº 27/09. Ressaltou que por ser matéria-prima do autuado, as saídas e os retornos não poderiam ser excluídas da apuração do ICMS incentivado.

Acrescentou que o lançamento em duplicidade no exercício de 2017 no DNVP, no valor de R\$ 143,22, não alterou o valor apurado.

A 1ª junta de julgamento fiscal deliberou pela conversão do processo em diligência para que a AUTUANTE refizesse os demonstrativos de débito, considerando as saídas e os subsequentes retornos realizados pelo autuado a título de empréstimo, CFOP's 1949 e 5949, como sendo não vinculados ao projeto.

A autuante apresentou informação fiscal à fl. 117. Disse que refez os cálculos da apuração do imposto devido, considerando as operações com CFOP 1949 e 5949 como não vinculadas ao projeto, conforme CD à fl. 118.

O autuado apresentou manifestação das fls. 123 a 135. Disse que a diligência acarretou em redução do valor exigido na maioria dos meses, mas também aumento do crédito tributário em outros meses objetos da autuação fiscal. Acrescentou que ainda constam no demonstrativo operações de empréstimo e devolução de mercadorias não vinculadas ao projeto.

Partindo do demonstrativo apresentado pela autuante em cumprimento à diligência requerida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, o autuado identificou a manutenção das operações e devoluções de matérias-primas que deveriam ter sido excluídas da apuração do imposto devido.

Citou como exemplo que no novo demonstrativo a autuante passou a exigir imposto no mês de abril de 2018 que não constava na planilha original. Porém, afirmou que no mês de abril de 2018 possuía elevado valor de crédito fiscal em sua escrita, decorrentes dos créditos acumulados nos meses de fevereiro e março de 2018, que não foi considerado no cálculo. Apresentou demonstrativo com os equívocos deste tipo ocorridos nos meses de abril e julho de 2018 (fl. 128).

Disse que no mês de fevereiro de 2017 a nota fiscal nº 26472 foi incluída em duplicidade como débito não vinculado ao projeto. Também alegou que nos meses de fevereiro, março, agosto e outubro de 2017 foram incluídos equivocadamente como DNVP o ICMS pago por substituição tributária no fornecimento de refeições. Entende que esse imposto não deve ser incluído na apuração do ICMS incentivado.

Alegou, ainda, que a autuante incluiu as vendas de sucatas, cujos recolhimentos são feitos antecipadamente, como débito não vinculado ao projeto, configurando cobrança em duplicidade.

Acrescentou que em agosto de 2017 a autuante incluiu operações de empréstimos e devoluções de solventes para a empresa Sol Embalagens (NF nº 27914 e 4701). Em abril de 2018 teria, ainda, incluído como débito vinculado ao projeto saídas para descarte de solventes para a Ecobahia (NF nº 29816), bem como operações de revenda com CFOP 5102. Destacou que em julho de 2018 teria incluído na

apuração do imposto devido operações de venda de sucata/resíduo industrial. (NF nº 30493, 30516, 30539 e 30614) e operações de revenda de mercadorias com CFOP 5102 e de devolução de empréstimos e sucatas com CFOP 2949.

Reclamou que em janeiro de 2019 não foram consideradas como vinculadas ao projeto as saídas a título de bonificação com CFOP 6910 e não foram consideradas com CNVP as operações de devolução de empréstimos com CFOP 1949 (NF nº 123385 e 54827).

Destacou que em julho de 2019 a autuante não considerou como CNVP as devoluções de empréstimos com CFOP 2949 e em agosto de 2019 não considerou como DNVP as saídas de remessas de peças com CFOP 6949. Afirmou que em agosto de 2019 também haveria uma informação em kg numa célula da planilha. Por fim, disse que em outubro de 2019 não incluiu como DNVP venda de sucata (NF nº 33468) e incluiu como DNVP o ICMS – ST incidente na contratação do serviço de transporte de funcionários.

Reiterou que a multa aplicada no percentual de 60% é abusiva e confiscatória, em ofensa aos arts. 37 e 150, inciso IV da Constituição Federal. Solicitou que o processo seja convertido em nova diligência para retificação dos erros apontados e que todas as intimações sejam dirigidas a seu patrono indicado à fl. 135.

A autuante apresentou nova informação fiscal à fl. 141. Disse que acatou os saldos credores de 2018, não restando exigência fiscal nesse período. Afirmou que alterou os valores lançados em 2017 e 2018 face as considerações trazidas pelo autuado na última manifestação. Porém, no mês de julho de 2019, não incluiu o valor de R\$ 2.883,19 referente ao CFOP 2949 (NF nº 54655), que alegou de tratar de devolução de empréstimo em operação interestadual, pois de acordo com a nota fiscal de saída nº 32715, tratava-se de remessa para o Estado de São Paulo sem indicação de se tratar de empréstimo. Apresentou novos demonstrativos em CD à fl. 146 e sintético às fls. 142 e 143, reduzindo a exigência fiscal para R\$ 22.683,69.

O autuado apresentou nova manifestação das fls. 150 a 154. Disse que no mês de outubro de 2017 a autuante não excluiu do DNVP o valor de R\$ 2.031,74 referente ao ICMS pago sobre o fornecimento de refeições, que reduziria a exigência fiscal nesse período para R\$ 414,38.

Em relação ao mês de julho de 2019 reiterou que a NF nº 32715, emitida em 22/05/2019, refere-se a operação de empréstimo interestadual CFOP 6949, com destaque do ICMS, sendo DNVP. Disse que no dia 08/07/2017 o destinatário do empréstimo devolveu as mercadorias por meio da NF nº 54655 com CFOP 6949, sendo operação CNVP. Concluiu que com essa retificação a exigência fiscal no mês de julho de 2019 passaria para R\$ 1.809,18.

Reiterou os pedidos de nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa e de realização de nova diligência para proceder as referidas retificações.

A autuante apresentou nova informação fiscal à fl. 171. Não acatou as últimas retificações sugeridas pelo autuado. Disse que que na nota fiscal nº 32715 não há indicação de se tratar de remessa em empréstimo como ocorreu nas notas fiscais destinadas para a Norpack.

Esteve presente à sessão de julgamento o patrono do autuado, o advogado Rafael Figueiredo, OAB/BA nº 26.086.

VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração em razão de suposto cerceamento do seu direito de defesa face à falta de interlocução desde o período da ação fiscal. A lavratura do auto de infração não prescinde de uma prévia interlocução com o autuado. O cerceamento do direito de defesa somente se caracterizaria caso não fosse concedido o prazo de 60 dias para apresentação de defesa, se a descrição da infração não estivesse clara ou se não tivesse sido entregue todos os demonstrativos que suportaram a exigência fiscal.

Afasto toda discussão acerca da constitucionalidade da multa aplicada no presente auto de infração. De acordo com o inciso I do artigo 167 do RPAF, não é competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária estadual nem a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. A multa aplicada está prevista no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

O presente auto de infração consiste na exigência de ICMS decorrente de recolhimento a menor do imposto em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa DESENVOLVE. Convém destacar que a presente exigência fiscal se funda preponderantemente no fato do autuado ter registrado operações de saída e entrada de “composto de polietileno”, utilizado em seu processo produtivo incentivado, como se referindo a débitos e créditos não vinculados ao projeto incentivado.

Após idas e vindas em que ocorreram retificações no lançamento tributário original, a autuante permaneceu com a exigência final de R\$ 22.683,69. Ainda assim, restou a lide em relação à exigência do mês de outubro de 2017 em que a autuante não excluiu do DNVP o valor de R\$ 2.031,74 referente ao ICMS pago sobre o fornecimento de refeições, que reduziria a exigência fiscal nesse período para R\$ 414,38, bem como em relação à exigência fiscal do mês de julho de 2019 referente a suposta operação de empréstimo registrada na NF nº 32715, emitida em 22/05/2019, cuja devolução teria ocorrido no dia 08/07/2017 por meio da NF nº 54655, mas não considerada pelo fisco como operação CNVP, que reduziria a exigência fiscal do mês de julho de 2019 para R\$ 1.809,18.

Em relação à manutenção como DNVP do débito de ICMS devido por substituição tributária, referente ao imposto pago sobre o fornecimento de refeições no mês de outubro de 2017, entendo que assiste razão ao autuado, pois esses débitos fiscais são recolhidos de forma apartada do regime normal de apuração. Em consulta ao Sistema de Informações do Contribuinte da SEFAZ, verifiquei que o valor de R\$ 2.031,74 foi recolhido pelo autuado sob o código de receita 1006 (ICMS Contribuinte Substituto do Estado), de modo que não poderia constar esse valor compondo um somatório de débito fiscal cuja apuração iria confrontar unicamente com o valor recolhido a título de regime normal, código de receita 0806, no valor de R\$ 141.804,04, como fez a autuante em seu demonstrativo à fl. 147. Assim, fica a exigência de outubro de 2017 reduzida para R\$ 414,38.

Em relação ao suposto empréstimo registrado na nota fiscal nº 32715 (fl. 145) que culminou com a nota fiscal de retorno nº 54655 (fl. 144), entendo que, apesar de não ter sido expressamente consignado no campo informações complementares, ficou caracterizado que se tratou de uma efetiva remessa em empréstimo, tal como ocorreu na imensa maioria dos casos com destino à empresa Norpack, já retificado pela autuante em atendimento à diligência requerida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal.

A nota fiscal nº 54655 foi registrada como retorno no campo natureza da operação e todos os seus itens, quantidades e valores corresponderam à nota fiscal de remessa nº 32715. Assim, entendo que tanto a nota fiscal de saída quanto a de entrada não devem compor a apuração do saldo devedor passível de incentivo. Devendo, portanto, ser considerado o valor de R\$ 2.883,19 como CNVP na apuração do imposto a recolher no mês de outubro de 2019, ficando a exigência fiscal desse período reduzida para R\$ 1.809,18.

Desse modo, considerando os demonstrativos apresentados pela autuante às fls. 142 e 143 e as retificações ora aprovadas, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando a exigência fiscal reduzida para R\$ 18.260,24, conforme a seguir:

DATA DA OCORRÊNCIA	VALOR HISTÓRICO
28/02/2017	7.641,48
31/10/2017	414,38
28/02/2019	8.357,45

31/07/2019	1.809,18
31/10/2019	37,75
TOTAL	18.260,24

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206955.0010/21-0, lavrado contra **PRISMAPACK INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do ICMS no valor de R\$ 18.260,24, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 3.956/81.

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 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de outubro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR