

A. I. Nº - 206973.0005/19-2  
AUTUADO - SAINT-GOBAIN DO BRASIL PROD. INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUÇÃO LTDA.  
AUTUANTE - IVANA MARIA MELO BARBOSA  
ORIGEM - DAT METRO/IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12/06/2023

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF Nº 0081-01/23-VD**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE USO E CONSUMO.** Evidenciado nos autos que os produtos arrolados na autuação se classificam como materiais de uso e consumo, sendo vedada a utilização do crédito fiscal de ICMS decorrente de suas aquisições. Infração reconhecida. **2 PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO.** Restou comprovado, mediante o levantamento fiscal, que o autuado cometeu alguns equívocos quando da determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo ao benefício previsto no Programa Desenvolve. Efetuada correção no cálculo do imposto devido. Rejeitada preliminar de nulidade. Infração parcialmente subsistente. **3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DESTINADO A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO.** É devido o pagamento do imposto, a título de diferença de alíquota, na situação em tela. Infração reconhecida. Indeferido o pedido de diligência/perícia. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 28/06/2019, e lançado ICMS no valor histórico de R\$ 88.536,66, mais multas de 60%, em decorrência das seguintes infrações à legislação do supracitado imposto:

**Infração 01 – 01.02.02** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro e abril de 2015; fevereiro e novembro de 2016, sendo lançado o valor de R\$ 1.971,82.

Enquadramento legal: Art. 29, § 1º, II e art. 53, III, da Lei 7.014/96. Multa Aplicada: Art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

**Infração 02 – 03.08.04** – Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, sendo lançado o valor de R\$ 82.509,25.

Enquadramento Legal: artigos 37 e 38 da Lei 7.014/96 c/c art. 2º, e art. 3º do Decreto nº 8.205/02. Multa prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

**Infração 03 – 06.02.01** - Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro e abril de 2015; fevereiro e

novembro de 2016, sendo lançado o valor de R\$ 4.055,59.

Enquadramento Legal: art. 4º, XV, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: art. 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 04/07/19 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 03/09/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 24 a 54. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, conforme Instrumento de Procuração à fl. 56.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo um breve resumo sobre a acusação fiscal, transcrevendo, ainda, as imputações que deram origem ao Auto de Infração, bem como os dispositivos legais infringidos.

Em seguida expõe que recolheu aos cofres públicos estaduais os valores relativos as infrações "01" e "03", conforme documentos que informa juntar aos autos (doc. 1).

No que diz respeito à infração 02, preliminarmente argui a nulidade da mesma bem como solicita a realização de diligência.

Alega que houve erro na apuração do tributo, sendo necessário a produção de prova pericial, e que o autuante deixou de apreciar elementos essenciais para comprovação da infração imputada.

Explica que a fiscalização estadual, quando da apuração do "Total Débito Fiscal nas Saídas", considerou todos os valores lançados pela Impugnante a título de "Outros Débitos", nestes incluídos valores que se referem a recolhimentos realizados sob os Códigos 0741 e 2036 ("ICMS Energia Elétrica") ou 1959 ("ICMS-Diferimento"), quantias estas que afirma que não deveriam constar da apuração do "ICMS Regime Normal Indústria", por se referirem à recolhimentos específicos e abrangidos por regime próprio.

Destaca o voto proferido no Acórdão CJP nº 0289-11/13, e cita o art. 5º, LV, da CF/88 e art. 142, do CTN, visando amparar sua argumentação.

Assinala que a descon sideração de recolhimentos submetidos à regime próprio e que não se encontram contemplados na apuração da parcela incentivada do tributo representa manifesta e injustificada ilegalidade, por não atender a fiscalização o disposto na legislação vigente.

Acrescenta que se a fiscalização não considera, na sua apuração, valores decorrentes de recolhimentos realizados sob Códigos específicos cuja parcela decorre de regime próprio de apuração pelo Fisco Estadual, tal ato implica na indevida majoração do "ICMS Regime Normal Indústria"

Dessa forma, mencionando o artigo 123, § 3º, do Decreto nº 7.629/99, requer seja convertido o julgamento em diligência a fim de que seja realizada nova apuração do ICMS incentivado.

No mérito, inicialmente assevera que a apuração do tributo passível de incentivo deve pressupor, em sua plenitude, a "fórmula" contida no Item 2 da Instrução Normativa nº 27/2009, que traz a colação.

Ratifica que o autuante se equivocou na apuração do imposto, conforme já exposto no início da peça defensiva.

Aduz que para facilitar a compreensão dos equívocos constantes da acusação fiscal, apresenta demonstrativo de cálculo e correspondente apuração do crédito objeto do benefício que lhe foi concedido pela administração estadual (DESENVOLVE), cálculo esse efetuado com as informações relativas ao período fiscalizado.

Pontua que os referidos demonstrativos comprovam, em cada um dos meses, a parcela dos valores que devem ser excluídos da acusação fiscal, para que se obtenha o exato valor eventualmente devido pela Impugnante no tocante ao exercício de 2015.

No mês de janeiro/2015, aduz que de acordo com os cálculos apresentados pelo Fiscal, o ICMS

devido corresponderia a R\$ 2.814,15, da seguinte forma:

Saldo Devedor de Operações Incentivadas	(R\$ 877.668,59)
Débitos Fiscais não vinculados ao Projeto Incentivado NVP	(R\$ 453.057,92)
Créditos Fiscais não vinculados ao Projeto Incentivado CNVP	(R\$ 168.816,48)
Saldo Devedor de Operações não Incentivadas	(R\$ 284.211,44)
Saldo Devedor Passível de Incentivo SDP	(R\$ 593.457,15)
Tributo Dilatado 80%	(R\$ 474.765,72)
Tributo Devido	(R\$ 402.902,87)
Tributo Recolhido Cód. 0806	(R\$ 400.088,72)
<b>Diferença apurada</b>	<b>(R\$ 2.814,15)</b>

Alega que em relação ao campo "DÉBITOS DE OPERAÇÕES NÃO INCENTIVADAS", ocorreram os seguintes equívocos:

a) ao incluir, em relação as operações submetidas ao CFOP 5949, o montante equivalente a R\$ 5.675,84, quando o valor correto, lançado na EFD corresponde a R\$ 3.675,84, resultando em uma diferença de R\$ 2.000,00 indevidamente lançada neste campo, o que culminou, por conseguinte, em uma diferença de R\$ 1.600,00 (80%) de tributo supostamente não recolhido;

b) ao deixar de excluir, dos valores que compõem o campo "Outros Débitos", as operações submetidas a regime próprio, especialmente relacionadas ao recolhimento de "ICMS-Diferimento", equivalente a R\$ 1.214,15, realizado sob o Código 1959, não integrante da apuração da parcela não incentivada, posto referir-se à regime de apuração/recolhimento específico e alheio ao incentivo concedido pelo Fisco Estadual.

Afirma que o somatório dos montantes indevidamente acrescidos pelo Fiscal na apuração da parcela incentivada corresponde exatamente ao valor exigido na autuação, concluindo que o ICMS devido no mês de Janeiro/2015 ao Fisco Estadual foi integralmente recolhido aos cofres públicos pela Impugnante.

Em relação aos demais meses, apresenta da mesma forma demonstrativos (fls. 38 a 53), visando evidenciar que a autuante deixou de excluir dos valores que compõem o campo "Outros Débitos", as operações submetidas a regime próprio.

Dessa forma, considera que o montante indevidamente acrescido pela autuante na apuração da parcela incentivada corresponde exatamente àquele objeto de recolhimento sob regime próprio, lançado pela Impugnante em sua escrita fiscal.

Conclui que a metodologia adotada pelo Fisco está equivocada, com inobservância de determinadas informações vinculadas à apuração do tributo passível de incentivo, pelo que considera que o Auto de Infração deve ser anulado.

Protesta, ainda, pela produção de prova pericial, conforme exposto preliminarmente, bem como de todas as demais em Direito admitidas, especialmente a apresentação, no curso deste processo administrativo, de outros documentos que possam auxiliar e comprovar tudo quanto anteriormente foi exposto.

A autuante presta informação fiscal (fls. 136/138), reconhecendo que cometeu alguns equívocos na apuração da infração 02, após análise dos argumentos defensivos.

Informa que procedeu as correções, elaborando novo Demonstrativo do Débito à fl. 139.

Ressalta que a defesa não questiona os valores considerados CNVP (crédito não vinculado ao

projeto), sendo que a impugnação atinge basicamente valores considerados DNVP (débito não vinculado ao projeto) relativos às aquisições de refeições para funcionários e aquisição de energia elétrica.

Especificamente em Janeiro de 2015, diz que houve um erro de digitação no valor relativo ao DNVP - CFOP 5949, ao invés de R\$ 3.675,84 - valor constante na EFD - considerou R\$ 5.675,84, mas que foi corrigido neste momento processual.

Quanto ao valor relativo ao diferimento nas aquisições de alimentação, assevera que consta na Apuração do ICMS, integrando o Débito Total.

Esclarece que desde o início, observando a Instrução Normativa 27/2009, incluiu tal valor no demonstrativo de DNVP, e que manteve tais valores em todos os períodos, conforme DEMONSTRATIVO do DNVP (Apuração II - atividade não incentivada), sendo excluído do débito total no período (Apuração I) para o cálculo da parcela incentivada.

Ou seja, esclarece que presente no DNVP, tais valores estão perfeitamente adequados à fórmula da IN 27/2009 ( $SDPI = SAM\ DNVP + CNVP$ ), sendo SAM a Apuração I (Débitos totais - Créditos totais) e a Apuração II (DNVP - CNVP).

Acrescenta que na planilha, conforme mídia à fl. 20, foram excluídos os valores relativos à antecipação parcial no ajuste da apuração mensal para se debruçar melhor sobre as outras rubricas que deveriam (ou não) ser transportadas para a pasta "DNVP", a saber: difal, diferimento de refeição para empregados e aquisição de energia elétrica — esta última subdividindo-se em:

- a) "Outros débitos" - 100% do valor calculado e recolhido na forma do art. 400 e parágrafos do RICMS devido pelo consumidor de energia elétrica, responsável pelo pagamento quando adquirida em outra unidade da Federação em ambiente de livre contratação, nos termos do inciso VIII do caput do art. 4º, e no inciso IV do § 1º do art. 5º. da Lei nº 7.014/96;
- b) "Estorno de crédito" — 22,20% do valor total do crédito calculado - relativo à energia não utilizada no processo industrial conforme Laudo Técnico.

Reconhece que equivocadamente considerou DNVP os valores relativos ao crédito na aquisição de energia elétrica calculado na forma e recolhido no prazo indicado no art. 400 e parágrafos do RICMS.

Entretanto, diz que em que pese a utilização de 100% do valor calculado, conforme determina a legislação e Laudo Técnico indicar a utilização no processo produtivo de apenas 77,80% da energia, o estorno do crédito de ICMS relativo aos 22,20% restantes (não utilizados no processo produtivo, e, portanto, parcela identificada como DNVP) foi lançado na apuração no mesmo período e, ainda, foram constatados os recolhimentos com código de receita 0741 e 2036, devidamente calculados.

Por esta razão, informa ter excluído o valor retro mencionado do rol dos DNVP, conforme demonstrativo às fls. 140 a 145.

Ao final, mantém a autuação, após os ajustes, que culminaram com a redução do valor da Infração 02 para R\$ 70.096,15.

O autuado, após tomar ciência da informação fiscal prestada, apresentou nova impugnação às fls. 150 a 153 (frente e verso), ressaltando que há um ponto no qual todas as manifestações até o momento apresentadas convergem (Autuante e Autuada), qual seja: a imprescindibilidade da observância das disposições contidas na Instrução Normativa nº 27/2009.

Diz que a despeito de haver convergência em relação à norma aplicável na aferição de dados, há uma divergência que necessita ser esclarecida, qual seja: tratando-se de entrada ou saída com objetivo diverso daquele estabelecido quando da concessão do incentivo fiscal (DESENVOLVE), mesmo que a operação contemple determinado CFOP, valerá, para todos os



efeitos, a "natureza" da operação.

Dito de outro modo: se há um CFOP contemplado pela legislação como 'apto' a integrar a parcela de operações incentivadas, se as operações não estiverem no rol de concedidos, inexistirá o dever de inclusão destas na apuração beneficiada pelo Estado.

Pontua que o objetivo da Impugnante, com este esclarecimento, é assegurar que haja a correta e perfeita apuração dos valores efetivamente apropriados, evitando-se, assim, que qualquer afirmação desprovida de vínculo com o incentivo concedido resulte em penalização indevida e/ou abusiva.

Dessa forma, aduz que o primeiro ponto que merece atenção refere-se a inserção, no cômputo do 'ICMS Regime Normal Indústria', de valores correspondentes à recolhimento de 'ICMS-Energia Elétrica' e/ou 'ICMS-Diferimento' quando da apropriação, do campo 'Outros Débitos' de valores recolhidos pela Impugnante sob os códigos 0741 /2036 e/ou 1959.

Explica que conforme já salientado na sua defesa, para a correta apuração do ICMS Regime Normal/ Indústria, devem ser consideradas somente as operações passíveis de inclusão/exclusão de acordo com as normas vigentes.

Todavia, enfatiza que a fiscalização estadual, quando da apuração dos 'Débitos Totais' considerou todos os valores lançados pela Impugnante a título de 'Outros Débito/' (informados no SPED da respectivo mês de competência), nestes incluídos valores que se referem a recolhimentos realizados sob os Códigos 0741/2036 e/ou 1959, quantias estas que apuração do 'ICMS Regime Normal Indústria, porém, referem-se à recolhimentos específicos e abrangidos por regime próprio.

Ou seja, volta a ratificar os argumentos expostos na primeira peça defensiva, salientando que se fossem consideradas tais alegações, ter-se-ia a integral anulação desta autuação, fato que não restou acolhido pela fiscalização.

Aduz que outro ponto a se considerar refere-se à interpretação dada pela fiscalização estadual, em sua informação fiscal, especialmente no tocante as operações relacionadas à aquisição de energia elétrica, submetidas ao CFOP 1252.

Entende que a autuante, tanto na autuação quanto em sua informação, equivocou-se em relação as operações vinculadas ao CFOP acima indicado no cálculo da 'parcela incentivada e/ou não incentivada, explicando o seguinte:

(i) *A aquisição de energia elétrica não se encontra listada rol de operações "não vinculadas" ao incentivo, motivo pelo qual a tomada do crédito (100%) deve ser lançada no campo 'Entradas Incentivadas';*

(ii) *A parcela da energia elétrica não utilizada no processo produtivo, por não estar vinculada ao projeto incentivado, deve ser estornada, motivo pelo qual o percentual correspondente (22,20%) deve ser lançado no campo 'Saídas Incentivadas' como "Outros Débitos" (estorno);*

Assevera que há, de fato, equívocos na apuração da energia elétrica tanto nas informações transmitidas ao Fisco Estadual à época (SPED), quanto pela própria fiscalização estadual.

Reconhece que a fiscalização procedeu corretamente quando:

a) Inseriu o valor integral da energia elétrica adquirida entre os meses Maio a Dezembro/2015 no campo próprio das 'Entradas Incentivadas'.

b) Inseriu o valor da parcela da energia elétrica não utilizada no Processo produtivo (22,20%), por não estar vinculada ao projeto incentivado, no campo 'Saídas Incentivadas' como "Outros Débitos" (estorno).

Contudo, reclama o fato de ter inserido, no mesmo campo "Outros Débitos" da lista de "Saídas Incentivadas" a integralidade do valor da energia elétrica adquirida, dizendo que tal fato acabou por "estornar em duplicidade" tal quantia da apuração da parcela incentivada.

Entende que resta claro que a fiscalização estadual não observou, quando da realização de seus cálculos, que a parcela da energia elétrica não deveria ser estornada (limitando-se, tão somente, ao estorno conforme o Laudo Técnico - energia não vinculada ao projeto incentivado), posto integrarem o campo de abrangência do benefício concedido pelo programa DESENVOLVE.

Pontua que com este procedimento, acabou por elevar os "Débitos Totais" contidos na planilha acostada à fl. 139, resultando na elevação do montante relacionado à parcela incentivada.

Aduz que do montante mantido (R\$ 70.096,15), devem ser excluídos valores equivalentes a R\$ 11.807,75 (correspondente a 16,85% do total mantido da autuação), que se refere unicamente à tese defendida pela Impugnante no tocante as operações indevidamente consideradas nos cálculos das operações incentivadas pela fiscalização estadual e relacionadas ao CFOP 1252.

Ao final, mantem o requerimento pela anulação do Auto de Infração.

Outrossim, protesta pela prévia e tempestiva intimação de seus patronos para sustentação oral das razões expostas em sua defesa, caso permitida nesta instância, sob pena de nulidade da decisão que vier a ser proferida.

A autuante, em nova informação fiscal (fls. 192), esclarece que há basicamente 2 (dois) entendimentos divergentes no cálculo do benefício DESENVOLVE efetuados pela empresa e pela autuante:

- considerar os recolhimentos com códigos de receita 0741, 2036 e 1959 como ICMS recolhido, isto é: somar os valores relativos a cada um desses recolhimentos por período ao valor dos recolhimentos com código de receita 0806 (ICMS Normal Indústria);

- apropriação do crédito relativo à aquisição de energia elétrica.

Assevera que os valores de recolhimentos distintos do código 0806 (ICMS Normal Indústria) não podem ser a ele somados uma vez que cada código de receita se refere a um recolhimento específico e, portanto, não pode ser abatido do valor a ser recolhido após o cálculo do ICMS de curto prazo resultante da aplicação da IN 27/2009.

Quanto ao ICMS recolhido com código de receita 1959 (ICMS Diferido), esclarece que, no presente caso, todos os recolhimentos da autuada sob este código de receita referem-se ao ICMS incidente sobre o fornecimento de refeições ao estabelecimento da autuada, refeições estas destinadas ao consumo por parte de seus empregados. Registra que a legislação atribui ao adquirente das refeições a responsabilidade pelo recolhimento do imposto diferido, independentemente do regime de apuração adotado pelo fornecedor.

No que diz respeito aos recolhimentos com código de receita 2036, pontua que referem-se ao ICMS Adicional Fundo de Pobreza — Inscrito, condição estabelecida na Lei nº 13.564, de 20 de junho de 2016, para fruição de benefício e incentivo fiscal por contribuintes beneficiários do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia DESENVOLVE, cujo recolhimento deve ser efetuado na data da liquidação antecipada da parcela do imposto, cujo prazo tenha sido dilatado, em relação aos beneficiários do DESENVOLVE.

Finalmente, no que tange aos recolhimentos com código de receita 0741 — ICMS Regime Normal — Energia Elétrica, expõe que são relativos ao imposto devido em função da aquisição de energia elétrica em ambiente de contratação livre, cujo crédito é apropriado pelo adquirente anulando assim o débito relativo ao recolhimento e, portanto, não deve ser somado ao recolhimento código de receita 0806 por tratar-se de receita distinta.

Em relação à energia elétrica, informa que no curso da ação fiscal solicitou esclarecimentos sobre os estorno de crédito cujas informações dúbias ocasionaram várias tentativas de esclarecimento sem êxito, razão de ter sido mantido inicialmente os valores apurados na fiscalização.

Todavia, expõe que somente na última manifestação da defesa percebeu que o SPED Fiscal,

origem dos valores utilizados no cálculo original e da Informação Fiscal, tinha trazido informações equivocadas, ou seja: registrou sob a rubrica "outros débitos" o que deveria ter sido registrado como débitos especiais, e registrou também como débitos especiais. Assinala que os débitos especiais não fazem parte do cálculo do DESENVOLVE, mas "outros débitos" podem ou não fazer a depender da vinculação ou não como projeto beneficiado.

Esclarece que, no presente caso, pode ser verificado na planilha constante na mídia (fls. 20) que os estornos de crédito foram exatamente os 22,2%, conforme laudo técnico. Aduz que se foi estornado por se referir à energia não utilizada no processo produtivo, trata-se de débito não vinculado. Acrescenta que continua sem entender o que a autuada ataca no procedimento verificado.

Informa que excluiu os valores não vinculados, mas que não deveriam estar incluídos no ajuste da apuração sob a rubrica "outros débito" por não integrarem o Débito Total. Cita que apenas nesse momento entendeu o que a DEFESA quis dizer. Ressalta que não tinha excluído errado, e que o valor é que não deveria estar incluído no Débito Total. Expõe que o autuado realizou lançamento equivocado, interferindo no seu cálculo, ao passo que a fiscalização, atenta à IN 27/ 2009, concentrou-se na verificação da vinculação (ou não) da operação ao projeto incentivado.

Dessa forma, diz que elaborou novo demonstrativo (fl. 193) excluindo os valores de ICMS a recolher lançados no ajuste da apuração de maio a dezembro de 2015, chegando ao débito total da apuração sem os mesmos o que resultou nos valores do Resumo à fl. 194.

Ao final, mencionando que após analisar os argumentos da última impugnação, que ainda não haviam sido trazidos, o valor exigido na infração 02 ficou retificado para R\$ 67.208,54.

O autuado tomou ciência da última informação fiscal produzida, conforme DT-e à fl. 198, porém não se manifestando antes da Sessão de Julgamento, realizado no dia 12/08/2021.

Considerando, no que diz respeito à infração 02, que o autuado alegou que efetuou o recolhimento do ICMS Energia Elétrica e o ICMS Diferido em rubricas específicas, e que tais valores não foram considerados pela autuante no cálculo do Desenvolve, visando apurar a parcela sujeita a dilação de prazo.

Considerando que ao analisar os recolhimentos efetuados pelo impugnante, no sistema da SEFAZ INC, realmente foi constatado que o mesmo realiza de forma separada do pagamento do ICMS Regime Normal Indústria, os recolhimentos mais acima referidos com os códigos: 741 (ICMS Energia Elétrica) e 1959 (ICMS Diferido).

Considerando que a autuante reconhece que especificamente em janeiro de 2015, houve um erro de digitação no valor relativo ao DNVP - CFOP 5949 (considerou R\$ 5.675,84, ao invés de R\$ 3.675,84 - valor constante na EFD), mas não corrigiu na última planilha que retificou o valor do crédito tributário exigido no presente processo.

Considerando, ainda, o Memorial e planilha elucidativa de suas razões, apresentados na assentada do Julgamento, pelo patrono do autuado.

Esta JJF deliberou, na assentada do Julgamento, em 12/08/2021 (fl. 204), que o presente processo fosse convertido em diligência à IFEP INDÚSTRIA, para serem adotados os seguintes procedimentos:

O autuante deve:

- i) prestar informação fiscal, se manifestando sobre as alegações defensivas, e a planilha apresentada pelo impugnante, posteriormente anexada em mídia à fl. 203;
- ii) efetuar a correção na apuração referente ao mês de janeiro/2015, considerando o valor de R\$ 3.675,84 para a DNVP desse mês;
- iii) elaborar novo demonstrativo de débito para a infração em comento, considerando na

apuração do Desenvolve os recolhimentos do Regime Próprio efetuados pelo autuado, ou seja, incluir ao total de recolhimentos, também aqueles efetuados com os códigos: 741 – Energia Elétrica e 1959 – Diferido.

Cumprindo a diligência requerida (fls. 209 a 215), a autuante inicialmente ressalta que a apuração do ICMS e a apuração do benefício desenvolve são duas apurações distintas.

Menciona que pela regra estabelecida no art. 3º do Decreto no 8.205/2002, o saldo devedor a ser alcançado pelo incentivo da dilação de prazo deve ser gerado em função das operações próprias do estabelecimento industrial beneficiário decorrentes de investimentos efetuados pela empresa e constantes do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve. Diz que dessa forma, apenas o débito gerado em função de tais saídas deve ser considerado para fins de aplicação dos benefícios previstos no DESENVOLVE; o débito decorrente das operações que não refletem incremento na capacidade produtiva da Autuada (a exemplo das operações com mercadorias produzidas por terceiros, bem como o débito decorrente da substituição tributária), não podem ser alcançados pela dilação de prazo ali prevista, visto que tal procedimento estaria desvirtuando a finalidade precípua deste Programa de incentivos, qual seja o de fomentar a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais localizados neste Estado.

Aduz que nesse sentido, o Decreto nº 8.205/02, no art. 4º, determina expressamente que o recolhimento do ICMS pelo beneficiário do Programa em tela obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto; enquanto que, no parágrafo único, estabelece que as parcelas do imposto cujo prazo tenha sido dilatado deverão ser recolhidas até o dia 20 do mês de vencimento.

Registra que, ao dispor sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, a Instrução Normativa 27/09, estabelece o seguinte procedimento: apura-se o saldo devedor total (todos os créditos subtraídos de todos os débitos), exclui-se deste montante os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (DNVP) e incluem-se os créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado, desta forma, chega-se ao SDPI Saldo Devedor Passível de Incentivo pelo DESENVOLVE.

Expõe que, portanto, consoante a sistemática estabelecida pela legislação, o contribuinte beneficiário do DESENVOLVE deverá fazer a apuração do saldo devedor em separado, operações não incentivadas e operações próprias incentivadas, e recolher o imposto relativo a cada uma delas na forma e nos prazos específicos estabelecidos na legislação. Acrescenta que o percentual não incentivado da produção do beneficiário, cujo imposto deverá ser pago nos prazos regulamentares, fixados na legislação, devem ser lançados no Livro de Apuração do ICMS.

Enfatiza que caso a Autuada não fosse beneficiária do incentivo fiscal do DESENVOLVE, apuraria o ICMS normal e recolheria sob o código de receita 0806 a diferença entre o débito e o crédito do período e, no caso de ser apurado saldo credor este seria transferido para o período seguinte, Apuração I.

Salienta que como a Autuada é beneficiária do DESENVOLVE, além da apuração do ICMS normal vai fazer a Apuração II, isto é, adequar a Apuração I à Resolução específica expedida pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve para o seu estabelecimento industrial.

Explica que na Apuração I devem constar todos os lançamentos do período, os lançamentos das atividades próprias do estabelecimento industrial, e os lançamentos das atividades de terceiros.

Pontua que no caso de atividades com produtos de terceiros incluem-se a comercialização de mercadorias adquiridas para revenda e, ainda, as atividades em que a Lei atribuiu, ao estabelecimento da Autuada, a responsabilidade de recolher o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, e diz ser o caso da substituição tributária e do diferimento.

Na Apuração II, informa que para adequar a apuração do Débito Total (débito, outros débitos e estorno de crédito) e Crédito Total (crédito, outros créditos e estorno de crédito à Resolução



DESENVOLVE, partindo-se do total, passou a excluir, em obediência à IN 27/2009, todos os débitos e créditos que não estão relacionados com a atividade industrial beneficiada pela Resolução.

Assinala, que assim, "outros débitos" do ICMS diferido relativo às refeições fazem parte do débito total na Apuração I, mas devem ser expurgados da Apuração II por não estar vinculada ao projeto beneficiado pelo incentivo fiscal DESENVOLVE.

Esclarece, ainda, que o fornecimento de alimentação de acordo com a legislação do ICMS, não é caracterizada como indústria, conforme dispõe o art. 2º inciso VII do RICMS/BA, que considera ocorrido o fato gerador do ICMS no momento do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias, por restaurantes, bares, cafés, lanchonetes, cantinas, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados.

Menciona que por força da disposição contida no art. 343, inciso XVIII do RICMS-BA, nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste Estado, destinadas ao consumo por parte de seus empregados, o ICMS fica diferido para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente, e que é nesse momento, e por força do retro mencionado dispositivo legal que a Autuada recolhe o ICMS com código de receita 1959, ou seja, aduz que nada tem que ver com o benefício do DESENVOLVE.

Chama atenção de que da mesma forma, os créditos de energia elétrica constam, obrigatoriamente, da Apuração I, mas deve ser expurgada a parcela relativa à energia não utilizada no processo industrial — no caso em tela, o laudo técnico fornecido por empresa especializada indicou que no estabelecimento industrial da Autuada, 22,20% da energia elétrica adquirida que é consumida na área administrativa. Acrescenta que esse expurgo ocorre sob a rubrica estorno de crédito.

Após essa explanação, pontua que passa a atender o que foi solicitado na diligência, da seguinte forma:

Item 1 da diligência:

Janeiro/2015 –

- corrigiu o erro de digitação desde 09/12/2019 — Demonstrativo original (fls. 19) substituído pelo Demonstrativo à fl. 139;

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 1.214,15 "outros débitos" diferimento de refeições.

Fevereiro/ 2015 -

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 1.304,45 "outros débitos", diferimento de refeições.

Março/2015 –

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 1.018,02 "outros débitos", diferimento de refeições;

Abril/2015 -

- excluiu R\$ 7.659,18 "outros débitos" ICMS a recolher (art. 400), porque constatou recolhimento sob o código de receita 0741 em idêntico valor. Ressalta que o recolhimento anulou o débito;

- informa que do crédito utilizado relativo à aquisição de energia elétrica no período, 22,20% da energia elétrica adquirida foi utilizada fora da produção, conforme laudo técnico fornecido pela Autuada, e que por esta razão manteve no DNVP o "estorno de crédito" no valor de R\$ 1.700,34.

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 1.088,23 "outros débitos" diferimento de refeições.

Maió/2015 -

- excluiu R\$ 5.857,21 - "outros débitos" ICMS a recolher (art. 400), porque constatou recolhimento sob o código de receita 0741 em idêntico valor. Esclarece que o recolhimento anulou o débito;

- aduz que do crédito utilizado relativo à aquisição de energia elétrica no período, 22,20% da

energia elétrica adquirida foi utilizada fora da produção, conforme laudo técnico fornecido pela Autuada, por esta razão mantivemos no DNVP o "estorno de crédito" no valor de R\$ 1.300,30.

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 997,85 - "outros débitos" — diferimento de refeições.

Junho/ 2015 -

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 1.153,50 "outros débitos" diferimento de refeições.

Julho/2015 -

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 1.072,54 "outros débitos" diferimento de refeições.

Agosto/ 2015 -

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 1.255,33 "outros débitos" diferimento de refeições.

Setembro/ 2015 -

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 1.249,62 "outros débitos" diferimento de refeições.

Outubro/ 2015 -

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 1.168,22 "outros débitos" diferimento de refeições.

Novembro/ 2015 -

- manteve o valor de R\$ 1.499,98 "outros débitos" diferimento de refeições.

Dezembro/ 2015 -

- excluiu do DNVP o valor de R\$ 1.273,77 "outros débitos" diferimento de refeições.

Item 2 da diligência:

2) esclarece que a correção solicitada foi efetivada em 09/12/2019 (fl. 140), e que o valor das operações com CFOP 5949 em jan/2015 que no demonstrativo original (fls. 19) compôs os DNVP equivocadamente considerado R\$ 5.675,84, foi corrigido para R\$ 3.675,84.

Explica que, dessa forma, o valor DNVP para janeiro de 2015 é de 453.027,92 no demonstrativo original (fl. 19), e que passou a ser de R\$ 451.027,92 no demonstrativo corrigido na Informação Fiscal à fl. 139.

Ressalta que o valor equivocado, de R\$ 5.675,84, refere-se ao CFOP 5949 de janeiro de 2015, ou seja, de parte do DNVP, e não o total do período.

Item 3 da diligência:

Informa que deixou de atender, parcialmente, o solicitado neste item pois não pode incluir receitas diversas no montante relativo ao ICMS de curto prazo que deve ser recolhido com código de receita 0806. Acrescenta que no cálculo do quantum de ICMS devido no curto (parcela não dilatada, atividade não beneficiada pelo DESENVOLVE) e longo prazo (parcela dilatada, atividade beneficiada pelo DESENVOLVE), deve ser considerado recolhido no curto prazo o código de receita 0806 e no longo prazo o código de receita 2167.

Finaliza, mencionando que a questão da energia fica resolvida quando não se considera "outros débitos" (art. 400) no computo do DNVP mensal. Acrescenta que os recolhimentos código 1959, não tendo qualquer relação com a atividade industrial da Autuada, não pode fazer parte do cálculo do DESENVOLVE, sendo computados no DNVP mensal.

Após tomar conhecimento da diligência realizada, o autuado apresentou impugnação, às fls. 221 a 225, inicialmente fazendo um resumo dos fatos ocorridos no processo, ressaltando que o cumprimento da mencionada diligência, resultou na redução do valor lançado da "Infração 02", para R\$ 56.259,03.

Todavia, entende que parcela dos equívocos persistem, havendo imprescindibilidade da

observância das disposições contidas na Instrução Normativa nº 27/2009, ou seja, esclarecer o seguinte: tratando-se de regime próprio de recolhimento (diferimento, energia elétrica, etc.), ou se exclui da apuração do desenvolve ou se admite o recolhimento efetuado, como forma de se evitar o indevido e descabido "bis in idem".

Diz que chama a atenção para este ponto, desde sua peça defensiva, uma vez que a inserção de valores correspondentes à recolhimento de "ICMS-Energia Elétrica e/ou "ICMS-Diferimento" (valores recolhidos sob os códigos 0741/2036 e/ ou 1959) no cômputo do "ICMS Regime Normal Indústria, quando da apropriação do campo "Outros Débito/", resultará inevitavelmente na indevida majoração do tributo supostamente devido ao erário.

Explica que a fiscalização estadual, quando da apuração dos "Débitos Totais/", considerou todos os valores lançados pela ora Impugnante a título de "Outros Débito/" (informados no SPED do respectivo mês de competência), nestes incluídos valores que se referem a recolhimentos realizados sob os Códigos 0741 /2036 e/ ou 1959, quantias estas que integram a apuração do "ICMS Regime Normal Indústria", porém, referem-se à recolhimentos específicos e abrangidos por regime próprio.

Frisa que dizendo de outro modo: como os recolhimentos sob os Códigos 0741 /2036 e/ou 1959 constaram da apuração do "ICMS Regime Normal Indústria", a fiscalização estadual deveria ter considerado TAMBÉM os recolhimentos relativos ao "ICMS-Energia Elétrica e/ ou "ICMS-Diferimento" quando da apuração dos "Débitos Totais", realizados sob tais Códigos.

Assevera que ao assim proceder, deveria a fiscalização estadual ter incluído os montantes recolhidos sob os Códigos 0741/2036 e/ou 1959 na "linha" da planilha denominada "ICMS RECOLHIDO" (até mesmo por atestar a Própria fiscalização terem sido recolhidos os tributos incidentes sobre tais operações), o que afirma que não foi feito quando da lavratura do A.I.

Em síntese, aduz que ao incluir na linha de "Débitos Totais" os valores correspondentes a "Outros Débitos" (que se refere justamente aos recolhimentos relativos ao "ICMS-Energia Elétrica" e/ou "ICMS-Diferimento", realizados sob os Códigos 0741/2036 e/ ou 1959) sem a inclusão destes recolhimentos no campo "ICMS RECOLHIDO", resultará na inevitável majoração do tributo eventualmente devido.

Pontua que esta questão não passou despercebida pela autuante quando de sua manifestação sobre a diligência.

Sobre as alegações defensivas constantes do memorial e planilha anexados ao Processo em mídia (fls. 203), chama atenção que há explícito/ expresso reconhecimento de que o valor recolhido sob código de receita específico (no caso, 0741, que se refere ao ICMS-Energia Elétrica) implica inevitavelmente na anulação de eventual débito, o que entende significar dizer que ou se exclui da apuração do "ICMS-Desenvolve" (como o fez a fiscalização estadual nos meses de Abril e Maio) ou se admitem tais recolhimentos na "linha" da apuração denominada "ICMS-Recolhido".

Frisa que qualquer procedimento diverso deste tornará a exigência do ICMS-Energia Elétrica absolutamente descabida.

Assinala que a despeito deste reconhecimento da fiscalização estadual em relação aos meses de Abril e Maio/2015, os mesmos recolhimentos sob código de receita específico (ICMS-Energia Elétrica) realizados nos meses subsequentes (Junho a Dezembro/2015) não restou admitido.

Salienta que se considerados os valores do ICMS Energia Elétrica, haverá anulação quase que integral da autuação relacionada à "Infração 02", passando para algo em torno de R\$ 9.000,00, que diz esperar do julgamento.

Ao final, conclui da seguinte forma:

*Conclui-se que os argumentos expostos pela diligência, a despeito de reduzirem ainda mais a autuação e cancelarem premissa relevante (recolhimento efetuado sob código de receita específico — 0741, que se refere ao ICMS-Energia Elétrica — implica inevitavelmente na anulação de eventual débito), não identificou*

*que parcela expressiva destes recolhimentos (Junho a Dezembro/2015) devem ser igualmente excluídos da autuação relacionada à "Infração 02", motivo pelo qual o retorno à Fiscal Autuante poderá resultar em novos esclarecimentos e, por certo, pertinentes ponderações sobre relevantes divergências que ainda persistem.*

*Caso assim não entenda este i. Julgador, requer-se, alternativamente, seja julgada procedente a defesa e, com isso, confirmando a ausência de materialidade da infração, seja julgado improcedente o presente AINF.*

*Outrossim e para que não lhe seja cerceado qualquer meio de defesa, reitera a Impugnante o pedido já formulado para que seja prévia e tempestivamente intimada para sustentação oral das razões expostas em sua defesa pelos respectivos patronos, caso permitida nesta instância, sob pena de nulidade da decisão que vier a ser proferida.*

A autuante em informação à fl. 230, enfatiza que a diligência solicitada foi cumprida, e que o novo demonstrativo (fls. 216) foi submetido à apreciação da autuada.

Ressalta que última manifestação da defesa mantém o entendimento de que os recolhimentos do ICMS sob os códigos de receita 1959 (ICMS - Diferimento) nas entradas de refeição para empregados) e 0741 (ICMS - Energia Elétrica devem ser somados aos recolhimentos código de receita 0806 (ICMS Normal Indústria).

Ratifica o que foi dito na informação fiscal anterior, ratificando que não se pode incluir receitas diversas no montante relativo ao ICMS de curto prazo, ou seja, menciona que não se pode somar "alho com bugalhos"!

Frisa que é importante lembrar que a questão da energia fica resolvida quando não considerou "outros débitos" - art. 400, no DNVP mensal.

Quanto aos recolhimentos código de receita 1959, enfatiza que não tendo qualquer relação com a atividade industrial da autuada, não pode fazer parte do cálculo do DESENVOLVE, tendo que ser considerado débito não vinculado ao projeto (DNVP).

Na sessão de julgamento, por videoconferência, foi realizada sustentação oral pelo advogado, Dr. Marcio Augusto Athayde Generoso, OAB-SP nº 220.322.

## **VOTO**

Inicialmente constato que 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.

Observe que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e as multas aplicadas, relativamente às irregularidades apuradas, e a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, exercendo de forma plena o seu direito de defesa, se reportando aos demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais elementos que possibilitaram a instalação do contencioso.

Logo, diante do fato de terem sido observados os princípios do Processo Administrativo Fiscal, os respeitando, inexistente a alegada violação aos mesmos, sendo atendidos o da ampla defesa e o do contencioso, além do princípio da legalidade, bem como obedecidos os procedimentos regulamentares e normativos, tornando o feito isento de qualquer mácula que o contamine com nulidade, o que leva ao não acolhimento de tais argumentos.

Assim não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, relativo ao cometimento de três infrações, já descritas nos autos.

No que diz respeito às infrações 01 e 03, foram de imediato reconhecidas pelo sujeito passivo, pondo fim a lide com relação a tais imputações.



A infração 02 exige crédito tributário, em decorrência da acusação de recolhimento a menos do imposto, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve.

O Impugnante contestou o cometimento da infração, alegando que efetua o recolhimento do ICMS Energia Elétrica (adquirida em ambiente de livre contratação) e o ICMS Diferido (relativo a aquisição de refeições de seus funcionários) em rubricas específicas, não consideradas no total de recolhimentos apuradas pela autuante, dessa forma, considera que tais valores também não devem ser considerados na apuração da rubrica “Outros Débitos”, quando da apuração do Desenvolve.

Reclamou, ainda, que em relação ao campo “DÉBITOS DE OPERAÇÕES NÃO INCENTIVADAS”, ocorreram outros equívocos, como por exemplo o erro de digitação no valor relativo ao DNVP - CFOP 5949, em janeiro de 2015.

Inicialmente deve ser destacado que a parcela sujeita a dilação de prazo para recolhimento do ICMS deve atender ao quanto determinado na Resolução que concedeu o benefício fiscal, bem como o contido na Instrução Normativa 27/2009, de 02 de junho de 2009, a qual dispõe acerca da apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE:

*“O saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE será apurado pela seguinte fórmula:*

*$SDPI = SAM - DNVP + CNVP$ , onde:*

*$SDPI$  = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;*

*$SAM$  = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);*

*$DNVP$  = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado”.*

Diante do acima exposto, por ocasião das informações fiscais, inclusive após diligência requerida, a autuante efetuou correções no cálculo do imposto devido pelo sujeito passivo, a exemplo da exclusão no DNVP de valores relativos à energia elétrica e do diferimento de refeições, como também o erro de digitação no valor relativo ao DNVP - CFOP 5949, em janeiro de 2015.

Concordo com as retificações efetuadas pela autuante, uma vez que os débitos referentes à aquisição de energia elétrica e do diferimento relativo às aquisições de refeições, não compuseram a apuração normal do ICMS do contribuinte, pois os recolhimentos são feitos apartados do regime normal. Portanto, não podem compor o DNVP já que não estavam incluídos no total dos débitos fiscais da apuração normal.

Destarte, considero correto o último demonstrativo elaborado pela autuante, após as retificações acima citadas, conforme planilha impressa à fl. 216, e em mídia à fl. 217, culminando com a redução da exigência para a infração em comento para o montante de R\$ 56.259,03, no qual restou comprovada a indicação do recolhimento a menor do imposto, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa Desenvolve, após os ajustes devidos.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, mantendo-se os valores originais exigidos nas infrações 01 e 03, de acordo com os demonstrativos originais (fls. 1 e 2) e alterando o valor cobrado na infração 02 para R\$ 56.259,03, conforme demonstrativo à fl. 216.

## 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 206973.0005/19-2, lavrado

contra **SAINT-GOBAIN DO BRASIL PRODUTOS INDUSTRIAIS E PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 62.286,44**, acrescido da multa de 60% previstas no art. 42, incisos II, “f” e VII, “a”, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

