

PROCESSO - A. I. N° 142554.0009/12-8
RECORRENTE - TIGRE S.A. – TUBOS E CONEXÕES
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0086-02/14
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10.10.2024

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0231-11/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL. DESENVOLVE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Recolhimento a menos do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal, dilatação de prazo para pagamento de ICMS, relativo às operações próprias, de acordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento. O contribuinte não fez qualquer distinção entre produtos de fabricação própria e aqueles adquiridos por transferência de outros estabelecimentos da empresa em outras unidades da federação, bem como nas importações realizadas. A Recorrente elabora demonstrativos mensais por meio dos quais apurou as operações agraciadas pelo referido incentivo fiscal, discriminando os valores devidos a título de ICMS incidente sobre estas operações (“ICMS incentivado”), assim, após conversão em diligência para revisão dos fatos abordados quanto à fórmula utilizada, foram acostados pelo diligente, novos valores devidos a título de ICMS no valor, sendo comprovado em parte as razões recursais. Infração parcialmente subsistente. Modificada a decisão neste item. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EFETUADAS COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À LEGALMENTE PREVISTA. CONVÊNIO ICMS 52/91. Análise desta exaço fora verificado que todas as mercadorias objeto das transferências constantes das notas fiscais eletrônicas, possuem NCM’S divergentes da NCM constante no Anexo II, item 10.3 do Convênio ICMS 52/91, mercadorias estas não são classificadas na NCM 8424.81.21, o que afasta a aplicação da redução da base de cálculo prevista na Cláusula segunda do mesmo Convênio citado. Portanto, fica comprovado que não se identifica a mercadoria com NCM contemplada no Anexo II do Convênio ICMS 52/91. Infração insubsistente. Modificada a Decisão deste item. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/03/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 7.593.259,64, em razão de:

INFRAÇÃO 01- 03.08.05 - *Recolhimento a menor de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento, no período de janeiro/2009 a dezembro/2010. ICMS R\$ 6.776.601,51. Consta da acusação que o contribuinte não fez qualquer distinção entre produtos de fabricação própria e aquelas adquiridas por transferência de outros estabelecimentos da empresa em outras unidades da federação, bem como nas importações realizadas, razão pela qual chegou-se aos valores indevidamente lançados como ICMS incentivado através do levantamento consistente nos demonstrativos constantes dos ANEXOS I; I-A; I-B; I-C; I-D; I-E e I-F.*

INFRAÇÃO 02 – 01.02.23 – *Utilizou indevidamente de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo, no período de janeiro/2009 a dezembro/2010. ICMS R\$ 500.493,96.*

O sujeito passivo informa que pagou integralmente às infrações 3, 4 e 5 e parcialmente a infração 06.

Após a devida instrução processual, a referida Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência em Parte, nos seguintes termos abaixo colacionados:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de 06 (seis) infrações.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece a procedência das infrações 03, 04 e 05, integralmente, tendo efetuado o pagamento. Portanto, não existindo lide, as mesmas ficam mantidas na autuação.

Assim, no caso em tela, a lide persiste em relação as infrações 01, 02 e parcialmente em relação a infração 06, a qual o autuado reconheceu em parte.

Na infração 01 é imputado ao autuado ter recolhido a menor de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento.

Em sua defesa o sujeito passivo assevera que não houve afronta à legislação do DESENVOLVE, apresentando argumentos, os quais passam a analisar.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

Em relação ao pedido de mais 60 dias, cabe registrar que entre a solicitação e a diligência realizada o autuado teve prazo superior ao originalmente requerido, sem que tivesse realizado as devidas correções. Portanto, não teria razão para concessão de um novo prazo.

Em relação ao primeiro argumento defensivo de que contratou auditoria privada a qual referendou seus relatórios operacionais, entendo que o mesmo não é capaz de elidir a infração, uma vez que somente o poder tributante, o sujeito ativo da relação tributária, no caso em questão, o Estado da Bahia, através da Secretaria da Fazenda, mediante grupo fiscal, é que tem competência para fiscalizar e atestar ou não os procedimentos dos contribuintes em relação ao ICMS, no caso em lide.

Ademais, devo ressaltar que, conforme relatório de auditoria acostado pela defesa às folhas fls. 218 a 223, o levantamento solicitado pelo contribuinte foi limitado, realizado em apenas 3 (três) dos 167 (cento e sessenta e sete) produtos fabricados no estabelecimento e, portanto, cujas saídas são amparadas pelo benefício, conforme apontado por fiscal estranho ao feito na diligência realizadas. Ainda, foi destacado na diligência que o autuado além de fabricar recebe os mesmos produtos por transferência e vende ambos com saídas amparadas e não amparadas pelo benefício.

Nesta situação, cabe aos prepostos fiscais verificar a correta aplicação da legislação concessiva do benefício a partir dos meios de auditoria fiscal disponíveis, no caso em lide os documentos fiscais e arquivos magnéticos do autuado e não a empresa de auditoria contratada pelo próprio autuado.

Assim, o relatório acostado pela defesa não é suficiente para afastar a autuação, devendo acrescentar que o mesmo relatório informa ter efetuado os trabalhos de revisão com base em testes por amostragem e não

contemplaram todas as operações realizadas pela TIGRE. Por se tratar de benefício fiscal, principalmente, o exame tem que ser incluído todos os produtos e todas as operações envolvidas.

Quanto ao segundo argumento defensivo de que a legislação de regência do DESENVOLVE não prevê procedimento específico para apuração das “operações nele abrangidas”, o mesmo não elide a infração, pois o artigo 3º do Decreto nº 8.205/2002, e suas diversas alterações, estabelece que a dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às “operações próprias”, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo, ou seja, abarca os produtos fabricado pelo próprio estabelecimento beneficiário do benefício fiscal em questão, visando o fortalecimento do mercado baiano.

Também não é capaz de elidir a autuação o argumento defensivo que o art. 1º do Decreto nº 8.205/02 (Regulamento do DESENVOLVE) é uma norma genérica, uma vez que é essencial que sejam observados os objetos do programa pelo contribuinte para efeito de utilização do benefício fiscal. Ademais, saliento que o sujeito passivo entendeu, perfeitamente, a imputação, fato observado pelos argumentos alinhados na peça impugnatória, tendo exercido seu direito de defesa de forma ampla.

Relativamente ao terceiro argumento defensivo de que o seu procedimento teria sido homologado por fiscalizações anteriores, cabe destacar que em todo encerramento de ação fiscal e no próprio corpo do Auto de Infração consta a ressalva ao direito da Fazenda Estadual de apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias. Portanto, tal alegação não é suficiente para afastar a autuação.

No tocante a edição da Instrução Normativa nº 47, de 25/9/2011, do Superintendente de Administração Tributária, entendo que não houve nenhuma modificação de procedimento da SEFAZ/BA, pois a citada instrução apenas disciplinou os procedimentos na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia, não havendo nenhuma inovação legislativa em relação ao tributo devido.

Não procede a alegação de que a fiscalização realizou um arbitramento, conforme alegado como quarto argumento defensivo, uma vez que os valores estão espelhados em planilhas constantes dos ANEXOS I, I-A, I-B, I-C, I-D, I-E e I-F, sendo aqueles constantes dos documentos fiscais regularmente emitidos pelo contribuinte. O que a fiscalização fez foi apenas segregar, mediante processo indireto de apuração, os valores efetivos do imposto incentivado, medida perfeitamente amparada pela legislação tributária.

No que concerne ao quinto argumento defensivo, o mesmo foi dividido em tópicos na peça impugnatória, quais seja, resumidamente: 1- o método utilizado (“apropriação indireta”) não está previsto na legislação de regência (art. 98 do RICMS/97), revelando sua ilegitimidade e corroborando a inexistência de norma prevendo o procedimento de apuração das operações atingidas pelo DESENVOLVE; 2- a metodologia de cálculo utilizada pela fiscalização estadual apresenta flagrante incongruência, que não reflete a natureza das operações realizadas pelo autuado; 3- nos cálculos da autuação, não foi considerada a conversão da unidade padrão do estoque para a unidade utilizada pelo fisco, o que ensejou flagrante discrepância na apuração da quantidade de mercadorias vendidas e, conseqüentemente, no ICMS incidente sobre estas operações.

Do mesmo modo, não tem pertinência às alegações apresentadas como “Quinto argumento” na defesa, pois não são capazes de convalidar o procedimento do contribuinte. Como bem ressaltado na informação fiscal e, posteriormente, ratificada por fiscal estranho ao feito, a infração decorreu do fato do contribuinte autuado não fazer qualquer distinção quando do faturamento, dos produtos de fabricação própria - amparados pelo benefício do DESENVOLVE daqueles adquiridos de terceiros que não gozam do benefício. Nos casos de saídas de produtos não fabricados no seu estabelecimento, por óbvio, o contribuinte deveria não apenas indicar no documento fiscal de saída, tratar-se de produtos de terceiros, aplicando para tal uma codificação distinta, como também escriturar os seus estoques de forma separada para possibilitar que a fiscalização pudesse averiguar a correta aplicação do benefício fiscal.

Em razão do procedimento do contribuinte, não restou aos autuantes outra alternativa senão a adoção de método indireto de apuração dos valores do imposto incentivado, para então refazer a sua conta corrente e ajustar os valores efetivamente devidos a cada mês. Dessa forma apurou-se os valores de produção mensal e de forma mais favorável ao contribuinte, atribuiu-se como saídas de produção do estabelecimento todo o faturamento mensal, até o limite da produção registrada daquele mês. O excedente do faturamento foi atribuído como saídas de produtos de terceiros, não passível de ser contemplada com benefício do DESENVOLVE.

No tocante ao estoque, entendo correto o procedimento da fiscalização que, por não ter o autuante adotado os procedimentos corretos de registrar seus estoques de forma a que se pudesse identificar exatamente qual o produto adquirido e o de produção própria, procurou o fisco adotar uma metodologia de apuração que fosse mais benéfica ao contribuinte, ou seja, apropriou como produção própria todas as saídas do mês até o limite da

produção registrada naquele mês. Quando havia excesso de produção em relação às vendas, esses valores eram transferidos para o mês seguinte, de forma que só foi considerado como produtos de terceiros quando esgotados os estoques de produção própria.

Relativa ao argumento defensivo de que nos cálculos da autuação não foi considerada a conversão da unidade padrão do estoque para a unidade utilizada pelo fisco, cabe registrar que os autuante observaram tal ocorrência e tentaram ajustar essas incorreções, as quais foram motivadas pelo próprio contribuinte ao enviar os arquivos magnéticos com as referidas incorreções.

Diante de tal fato, a fiscalização expediu intimação dando o prazo de 30 (trinta) dias para efetuar as devidas retificações dos arquivos magnéticos dos exercícios de 2009/2010, para que pudesse efetuar os devidos ajustes no levantamento. Entretanto, tal providência não foi adotada pelo autuado.

Visando a busca da verdade material, o PAF foi convertido em diligência, que foi realizada por preposto fiscal entrinho ao feito, o qual constatou a mesma situação, qual seja, o contribuinte não procedeu à correção das unidades de medida nos arquivos magnéticos SINTEGRA como intimada.

Foi constatado na diligência que a planilha apresenta pela defesa (Doc. 07) não alcança o objetivo de eliminar as supostas inconsistências. Constatou ainda, que todas as planilhas elaboradas pelos autuantes partiram dos arquivos magnéticos.

Portanto, entendo que restou comprovado que o contribuinte não fez qualquer distinção entre produtos de fabricação própria e aqueles adquiridos por transferência de outros estabelecimentos da empresa em outras unidades da federação, bem como nas importações realizadas, apesar de intimado para correção dos arquivos magnéticos não adotou tal providência.

Ressalto que o benefício fiscal do DESENVOLVE só alcança produtos fabricados pelo beneficiado. Como a Autuada tanto fabrica quando recebe por transferência produtos idênticos, a fim de não deixar dúvidas quando do cálculo do ICMS dilatado, deveria utilizar códigos distintos para produtos fabricados em unidades diversas.

Quanto ao pedido de isenção ou redução da multa aplicada, também não acato por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim, entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

Logo, restou caracterizada a infração 01.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida no Convênio ICMS 52/91, no período de janeiro/2009 a dezembro de 2010.

*Em sua defesa o sujeito passivo reconhece que cita convênio, prevê redução da base de cálculo do ICMS e que seus estabelecimentos em outros Estados realizaram as operações sem a referida redução. Entretanto, alega ter direito ao crédito integral citando dispositivos da Constituição Federal, citando decisões de outros tribunais. Frisa que o próprio Convênio ICMS 52/91 prevê, em sua Cláusula quarta, que **“Fica dispensado o estorno do crédito do imposto relativo à entrada de mercadoria cuja operação subsequente seja beneficiada pela redução da base de cálculo de que trata o presente Convênio”**.*

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Concordo com os autuantes de que o referido Convênio ICMS 52/91 é impositivo e não facultativo, ou seja, o contribuinte não tem poder discricionário para aplicá-lo segundo as suas próprias conveniências. Ao estabelecer a redução da base de cálculo para esses produtos nas operações interestaduais, quiseram os estados membros torná-los menos onerosos os insumos agroindustriais, já que o imposto compõe o preço do produto.

Cabe ressaltar que ao não se observar a redução da base de cálculo do imposto na operação interestadual, está-se a transferir para o estado de destino uma carga de crédito fiscal indevida, tendo ainda como agravante o fato de que a saída subsequente desse produto continua a gozar do benefício da redução da base de cálculo. Portanto, o Estado da Bahia estaria suportando uma carga de crédito fiscal superior ao estabelecido entre os demais Estados Membro da Federação.

Logo, entendo que a exigência fiscal está lastreada nos dispositivos do Convênio ICMS 52/91, tendo em vista

que foi apurado que o estabelecimento remetente proporcionou ao destinatário (autuado) um crédito fiscal a ser utilizado, maior do que o previsto na legislação, o que constitui um crédito fiscal indevido de acordo com o disposto no art. 93, § 5º, II c/c art. 97, VIII do RICMS/BA.

Assim, à infração 02 fica mantida na autuação.

Na infração 06 é imputado ao autuado ter utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado à operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas.

Em sua impugnação o sujeito passivo reconheceu a procedência de grande parte do débito, 201 a 204, realçando haver apenas um equívoco que merece correção. Alega que a fiscalização estadual glosou o crédito de ICMS destacado nos documentos anexos, 342 a 358, supostamente decorrentes da prestação de serviço de transporte. Todavia, estes documentos não se consubstanciam em conhecimentos de transporte rodoviário de cargas (CTRC), mas sim em faturas que formalizaram o retorno de notas fiscais de cobrança indevida do transportador por força do extravio da mercadoria. Requer que seja afastada a glosa dos valores constantes da seguinte planilha elaborada à folha 178 dos autos: janeiro/2009 o valor de R\$ 1.583,68; novembro/2009 o valor de R\$ 313,18; janeiro/2010 o valor de R\$ 231,48 e dezembro de 2010 o valor de R\$ 592,78, totalizando R\$ 2.721,12.

Por sua vez, o autuante acatou o argumento e os documentos apresentados pela defesa, reconhecendo que os valores apontados pela defesa devem ser excluídos da autuação.

Acolho o argumento defensivo no sentido de excluir da autuação os valores abaixo indicados, por se tratarem de faturas que formalizaram o retorno de notas fiscais de cobrança indevida do transportador por força do extravio da mercadoria.

Assim, acolho integralmente os valores apontados na impugnação, restando a infração 06 parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

D. OCORRÊNCIA	V. HISTÓRICO	V. HIST. EXCLUÍDO	ICMS HIST. DEVIDO
31/01/2009	1.583,68	1.583,68	0,00
31/05/2009	649,72		649,72
30/11/2009	313,18	313,18	0,00
31/12/2009	5,85		5,85
31/01/2010	231,48	231,48	0,00
28/02/2010	1.981,41		1.981,41
31/03/2010	33.988,63		33.988,63
30/04/2010	62.571,76		62.571,76
31/05/2010	339,26		339,26
30/06/2010	343,42		343,42
31/07/2010	539,08		539,08
31/08/2010	1.136,70		1.136,70
30/09/2010	1.236,18		1.236,18
31/10/2010	682,20		682,20
30/11/2010	612,64		612,64
31/12/2010	1.160,35	592,78	567,57
TOTAL	107.375,54	2.721,12	104.654,42

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	ICMS HISTÓRICO DEVIDO
1	6.776.601,51
2	500.493,96
3	29.791,47
4	20.859,63
5	158.137,53
6	104.654,42
TOTAL	7.590.538,52

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 709/734) visando a reapreciação a decisão de primeira instância, com base nos seguintes argumentos:

Inicialmente tece um breve relato dos fatos e, preliminarmente, alega a nulidade da Decisão recorrida, uma vez que a fiscalização estadual reconheceu que incidiu em equívoco ao mensurar o ICMS cobrado pela Infração 1, eis que, ao proceder o cotejo entre as mercadorias (i) produzidas e (ii) vendidas, não aplicou o respectivo fator de conversão das unidades de medida.

Informa que, por força disto, a fiscalização converteu o feito em diligência, o que culminou na

mensagem eletrônica datada de 4/12/2013, questionando se a Recorrente poderia realizar um trabalho em conjunto com a fiscalização, para que fossem sanados os sobreditos equívocos.

Afirma que, em que pese ter concordado e sem que fosse devidamente intimada de que tal medida não seria mais utilizada pela fiscalização, a 2ª JJF, fundamentou a manutenção da infração 01 da seguinte maneira: *“...restou comprovado que o contribuinte não fez qualquer distinção entre produtos de fabricação própria e aqueles adquiridos por transferência de outros estabelecimentos da empresa em outras unidades da federação, bem como nas importações realizadas, apesar de intimado para correção dos arquivos magnéticos não adotou tal providência”*.

Entendeu a recorrente que:

1. Sem intimar previamente a Recorrente, a fiscalização deu por encerrada a fase probatória, em que pese ter pleiteado à Recorrente a realização de um trabalho em conjunto para correção das insubsistências da autuação, com o que a Recorrente expressamente concordou.
2. Houve uma patente afronta aos primados do devido processo legal, da ampla defesa e da verdade material, encerrou-se a fase probatória de supetão e sem que o processo estivesse maduro para julgamento.

Assevera que nulidade é inquestionável no caso dos autos, pois a própria fiscalização propôs a correção do Auto de Infração por meio de um trabalho conjunto, porém, após a anuência da Recorrente e sem sua prévia intimação, manteve-se a autuação, assinalando que as inconsistências não foram sanadas, pois a Recorrente não corrigiu os seus arquivos magnéticos. Flagrante, pois, a nulidade da Decisão recorrida.

Acrescenta que a própria fiscalização estadual assinalou que *“é impraticável corrigir as unidades de medida nos arquivos magnéticos”*. Alega que a Decisão recorrida erigiu fundamento para manutenção da Infração 1 que colide com a própria manifestação da autoridade fiscal, sem analisar, ademais, a legitimidade de se alterar os apontados arquivos magnéticos. Daí a flagrante afronta aos primados do devido processo legal e da motivação.

Aponta que a produção de prova pericial é medida que se impõe, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da verdade material. Assim, o indeferimento de perícia fiscal postulada pela Recorrente, cujo um dos quesitos formulados era justamente a apuração do ICMS devido considerando-se a metodologia adotada pela fiscalização (*“apropriação indireta”*), seria mais um fator determinante da nulidade da decisão de primeiro grau.

Salienta que não se pode admitir que a Decisão recorrida afirme que a fiscalização estadual incorreu em equívoco no cálculo do ICMS devido, porém mantenha integralmente a Infração 1 da autuação, ao fundamento de que a Recorrente *“...não procedeu à correção das unidades de medida nos arquivos magnéticos SINTEGRA como intimada”*.

Defende que deve ser anulada a Decisão recorrida, julgando-se improcedente a Infração 1 em razão de sua insubsistência confessa; ou, subsidiariamente, ser determinada a conversão do julgamento em diligência, para que a fiscalização estadual – ainda que em conjunto com a Recorrente – corrija os erros que contaminam o Auto de Infração.

No mérito, a recorrente insurge-se contra a manutenção da infração pelos argumentos acima expostos e apresenta estudo realizado pela KPMG Auditores Independentes, o qual verificou que o procedimento adotado pela Recorrente é idôneo, legítimo e prestante para apurar as operações objeto do referido incentivo. E, ao final, elaborou parecer cujas conclusões revelam (i) a metodologia deste procedimento; (ii) o cumprimento das normas aplicáveis à matéria; e (iii) a adequação para o fim a que se destina.

Do Parecer realizado, informa a Recorrente que elaborou demonstrativos mensais por meio dos

quais apurou as operações agraciadas pelo referido incentivo fiscal, discriminando os valores devidos a título de ICMS incidente sobre estas operações (“ICMS incentivado”).

Assim, para identificar as “operações incentivadas”, a Recorrente afirma que elaborou “relatórios mensais específicos”, por meio dos quais segregou as operações de saída das mercadorias de fabricação própria.

Assevera que não procede a afirmação fazendária no sentido de que a Recorrente “... *não faz qualquer separação entre o que produz e o que recebe de outros estabelecimentos ou mesmo importa...*”, eis que “*atribui a mesma codificação tanto para o produto de fabricação própria quanto para aqueles oriundos de outros estabelecimentos ou do exterior*”, razão da alegada impossibilidade de “... *identificar através das Notas Fiscais ou de outros documentos idôneos os produtos sobre os quais deve recair o benefício do DESENVOLVE*”.

Confronta tal afirmação com o Parecer apresentado, o qual identificou por meio de documentos idôneos (demonstrativos de apuração e relatórios específicos) que as operações de saída das mercadorias de produção própria estão açambarcadas por este incentivo fiscal, tendo, portanto, apurado e recolhido o ICMS efetivamente devido. Todavia, a Junta não considerou o trabalho realizado por entender que: “... *somente o poder tributante, o sujeito ativo da relação tributária... é que tem competência para fiscalizar e atestar ou não os procedimentos dos contribuintes em relação ao ICMS... o relatório acostado pela defesa não é suficiente para afastar a autuação, devendo acrescentar que o mesmo relatório informa ter efetuado os trabalhos de revisão com base em testes por amostragem e não contemplaram todas as operações realizadas pela TIGRE*”.

Afirma que o procedimento por ela adotado é legítimo, e que compete ao CONSEF enfrentar estes fundamentos, donde se insere o parecer da KPMG AUDITORES INDEPENDENTES. Ademais, em relação à afirmação da Junta de que “... *o relatório informa ter efetuado os trabalhos de revisão com base em testes por amostragem e não contemplaram todas as operações realizadas pela TIGRE*”, justifica o Recorrente que dado o grande volume de documentos, parecer foi elaborado por amostragem, de modo a viabilizar a sua produção.

E como, ainda que por amostragem, (i) foi atestada a legitimidade e a adequação do procedimento adotado pela Recorrente; e (ii) a fiscalização ou a Decisão recorrida não apresentaram nenhum elemento que infirme esse procedimento ou o referido laudo.

Nesta senda, segue sua tese recursal argumentando que inexistente previsão na legislação acerca do procedimento a ser adotado, incorrendo a fiscalização numa afronta ao princípio da tipicidade. Cita o art. 4º e 5º do regulamento do DESENVOLVE, afirmando que a legislação de regência do DESENVOLVE não prevê procedimento específico para apuração das operações nele açambarcadas. É dizer, afora obrigações acessórias referentes ao recolhimento e escrituração do ICMS incentivado – que foram todas adimplidas pela Recorrente –, não há um procedimento legal para apuração das saídas das mercadorias de produção própria.

Verifica que a Decisão recorrida confirma tal situação, tendo em vista que não indicou qualquer dispositivo prevendo o procedimento específico que deveria ser adotado para apuração das operações açambarcadas pelo noticiado benefício fiscal (uma vez que tal previsão inexistente), limitando-se a descrever quais operações são ou não objeto deste benefício.

Salienta que a infração 1 indicou como fundamento legal o art. 1º do Decreto nº 8.205/02 (Regulamento do DESENVOLVE). Todavia, este dispositivo legal prevê os objetivos e diretrizes deste programa de desenvolvimento. Daí porque, no entendimento da recorrente, houve afronta ao princípio da tipicidade: o AI não indicou como fundamento legal uma regra que previsse o procedimento supostamente correto, indicando apenas uma norma genérica de natureza eminentemente programática. E isso se deu, insista-se, em razão da inexistência de regra jurídica nesse sentido.

Ainda, aponta a recorrente que houve modificação do critério anteriormente adotado pela fiscalização estadual (art. 146 do CTN).

Informa que entre maio de 2006 (mês de sua adesão ao DESENVOLVE) e dezembro de 2008, a Recorrente apurou as operações incentivadas por meio dos mesmos demonstrativos mensais e relatórios específicos rejeitados na infração 1 desse Auto de Infração, período em que também atribuía o mesmo CFOP para as saídas com produtos de fabricação própria e oriundos de outros estabelecimentos ou de importação. Ao cabo daquele período, o estabelecimento baiano da Recorrente foi objeto de fiscalização, o que ensejou a elaboração da planilha anexa pela autoridade fiscal. Ocorre que, conforme se depreende desta planilha, a única irregularidade apontada pela fiscalização decorreu da suposta apropriação dúplice de crédito de ICMS decorrente da aquisição de ativo permanente, o que restou ao final afastado pelos esclarecimentos prestados pela empresa.

Defende que, ao reputar ilegal o procedimento de apuração adotado pela Recorrente no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, a fiscalização estadual modificou o critério jurídico por ela adotado anteriormente, com relação às operações realizadas entre maio de 2006 e dezembro de 2008 pela Impugnante. É dizer, está-se rejeitando procedimento que, até a lavratura desta autuação, foi aceito e expressamente homologado pela própria fiscalização estadual.

Assinala que o art. 146 do CTN, determina que: *“A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento, somente pode ser efetivada em relação a um mesmo sujeito passivo quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”*.

Defende que a modificação de critério decorrente da edição da Instrução Normativa nº 47/2011, do Superintendente de Administração Tributária, que *“Disciplina procedimentos na fiscalização de empresas habilitadas ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE”*, revela, para além de qualquer espécie de dúvida ou entre dúvida, a modificação do critério jurídico adotado pela fiscalização estadual. Nesta senda, à luz do art. 146 do CTN, a ilegitimidade deste procedimento aplica-se a fatos geradores praticados pela Recorrente após (i) a sua ciência da modificação do critério jurídico fazendário (o que se deu apenas com a notificação da lavratura do Auto de Infração nº 142554.0009/12-8); ou (ii) a publicação da Instrução Normativa nº 47/2011.

Quanto ao arbitramento realizado pela fiscalização estadual, aponta que o método utilizado (“apropriação indireta”) não está previsto na legislação de regência (art. 98 do RICMS/97), revelando sua ilegitimidade e corroborando a inexistência de norma prevendo o procedimento de apuração das operações atingidas pelo DESENVOLVE.

Assinala que a metodologia de cálculo utilizada pela fiscalização estadual apresenta flagrante incongruência, que não reflete a natureza das operações hodiernamente realizadas pelos estabelecimentos fabris. Verifica que nos cálculos da autuação não foi considerada a conversão da unidade padrão do estoque para a unidade utilizada pelo fisco, o que ensejou flagrante discrepância na apuração da quantidade de mercadorias vendidas e, conseqüentemente, no ICMS incidente sobre estas operações.

Quanto a afirmação de que equívocos constantes da autuação decorreram de inconsistências dos arquivos magnéticos da Recorrente, esta demonstra que agiu em conformidade com o preitado no art. 19, IV, “e” do Convênio ICMS 70, bem como com as Cláusulas 17ª e 19ª do Convênio ICMS 57/95. Assim, ao realizar as operações autuadas, (i) emitiu-se validamente os documentos fiscais, indicando a unidade de medida por ela utilizada e autorizada pela legislação de regência; e (ii) preencheu-se os arquivos magnéticos com as informações constantes destas notas fiscais.

Assevera que a Recorrente emitiu os documentos fiscais e os registrou nos arquivos magnéticos

conforme determina a legislação de regência. Em vista disto, não há que se falar em erro no caso concreto, razão pela qual é interdito à Recorrente proceder à alteração determinada pela fiscalização. Em suma, atesta que: o objeto da controvérsia reside no fato de a Recorrente ter emitido documentos fiscais cuja unidade de medida adotada foi o metro. Ocorre que a utilização desta unidade de medida não se deu por singela opção da Recorrente, mas sim por exigência de editais de licitações, que preveem a aquisição de tubos por metro (e não em peça). Ademais, o que se sucederia se após a retificação requerida outra entidade licitante exigisse esmagador fornecimento dos bens da Recorrente, mas desta vez tendo por unidade de medida e peça (e não mais o metro)? A prevalecer o critério fiscal, proceder-se-ia a nova alteração de todos os documentos fiscal e assim sucessivamente; um ir e vir sem-fim.

E que, quanto a afirmação da Decisão recorrida de que *“Foi acostado na diligência que a planilha apresenta pela defesa (Doc. 07) não alcança o objetivo de eliminar as supostas inconsistências”*, aponta que procedeu-se à conversão de todas mercadorias que foram comercializadas em metros, indicando-se a respectiva quantidade em peças. Deste modo, diferentemente do assinalado na, por meio da sobredita planilha, afirma a recorrente que é possível proceder à nova apuração do ICMS lançado por meio do AI, sem que, para tanto, a Recorrente altere os documentos fiscais emitidos, os arquivos magnéticos e toda a escrituração fiscal dessas operações. Decisão recorrida.

Ademais, insurge-se contra a multa aplicada, com base no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, devendo-se afastar ou, ao menos, reduzir a penalidade que lhe foi imposta pela infração 1.

No pertinente a infração 2, aduz que houve clara afronta ao Convênio ICMS 52/91. Informa que, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, os estabelecimentos paulista, catarinense e pernambucano da Recorrente remeteram mercadorias para aquele outro localizado na Bahia, com destaque do ICMS sem a redução da base de cálculo prevista naquele Convênio (ou seja, com destaque de ICMS à alíquota de 12% se oriundas de Pernambuco e 7% se provenientes de São Paulo e Santa Catarina).

Assim, o estabelecimento baiano da Recorrente (i) se creditou integralmente do ICMS destacado por ocasião da entrada daquelas mercadorias; e (ii) ao promover a saída destas mercadorias, tributou estas operações utilizando-se da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91.

Ocorre que a fiscalização estadual glosou parte do crédito de ICMS apropriado pelo estabelecimento baiano da Recorrente nas referidas operações, consistente na diferença entre (i) o imposto destacado nas notas fiscais de entrada das mercadorias (12% e 7%); e (ii) o ICMS devido pelo estabelecimento de origem por força da redução da base de cálculo prevista no Convênio ICMS 52/91 (7% e 4,1%).

Afirma a recorrente que o estabelecimento baiano observou este Convênio, ao manter integralmente o crédito de ICMS na hipótese, a despeito de concedido benefício fiscal na operação de saída. Insurge-se contra a interpretação no sentido de que a referida Cláusula quarta limita a manutenção do crédito de ICMS ao imposto devido pelo estabelecimento de origem após a redução de sua base de cálculo. Ou seja, se a operação de origem foi tributada em 7% por força deste benefício, remanesceria o direito à manutenção do crédito de ICMS à alíquota de 7% (e não 12%).

Com base no art. 155, § 2º, I da Constituição da República, verifica-se que o estabelecimento baiano da Recorrente possui direito à manutenção do crédito de ICMS à alíquota de 12% nas operações de entrada oriundas de Pernambuco, e de 7% nas operações realizadas com os estabelecimentos paulista e catarinense, razão da improcedência da infração 2, uma vez que o princípio da não-cumulatividade garante o direito à manutenção do crédito de ICMS pelo estabelecimento baiano da Recorrente.

Assevera bastar que o ICMS devido na operação anterior seja destacado no correspondente

documento fiscal para que o seu adquirente possa dele se creditar. É dizer, não importa saber quando e quantum de ICMS será pago na origem.

Requer a nulidade pelos fundamentos acima expostos, eventualmente a produção de perícia fiscal, nos moldes esculpidos no pedido do recurso, bem como a improcedência do Auto de Infração lavrado. Requer, também, o cancelamento da multa, tal como previsto no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/96, revelando a insubsistência da penalidade a ela cominada. Caso esta multa não seja afastada, requer-se que ela seja ao menos reduzida, pelos motivos dantes expostos.

Nas fls. 743/745, consta opinativo da Procuradoria do Estado da Bahia dando Conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário para as insurgências do patrono do recorrente em relação às infrações 1 e 2. A procuradora, por maio do supedâneo no art. 140 do COTEB c/c o art. 31-A da Lei Complementar nº 19/2003, entendeu que as apurações das imputações estão de acordo com às fls. 01/05 e conforme a legislação estadual. Verifica que a súplica recursal, em suas razões são insuficientes para modificar a Decisão recorrida considerando a falta de provas e argumentos jurídicos, além de perceber que a recorrente reitera as mesmas razões defensivas. Na infração 1 pontua que não prospera o argumento recursal vez que trata-se de provas elaboradas pela parte para modificar o procedimento fiscalizatório relativo ao ICMS, pois fora convertido em diligência para que o contribuinte efetuasse as devidas retificações nos arquivos magnéticos visando possibilitar eventual correção no levantamento fiscal, no qual não o fez. Para a infração 2 verificou que restou comprovado que o recorrente não obedeceu ao disposto no Convênio ICMS 52/91, realizando operações interestaduais sem a redução da base de cálculo, resultando em crédito indevido. Portanto, manteve o julgamento de piso nos termos do art. 119, § 1º do COTEB.

A relatora da época (Raisa Catarina Oliveira Alves Fernandes), converte os autos em diligência à ASTEC, nas fls. 748-49, com o seguinte teor:

“Consta da acusação que o contribuinte não fez qualquer distinção entre produtos de fabricação própria e aquelas adquiridas por transferência de outros estabelecimentos da empresa em outras unidades da federação, bem como nas importações realizadas, razão pela qual chegou-se aos valores indevidamente lançados como ICMS incentivado através do levantamento consistente nos demonstrativos constantes dos ANEXOS I; I-A; I-B; I-C; I-D; I-E e I-F.

No Recurso Voluntário a Recorrente alegou que a fiscalização incidiu em equívoco ao mensurar o ICMS cobrado pela Infração 01, eis que nos cálculos da autuação não foi considerada a conversão da unidade padrão do estoque para a unidade utilizada pelo fisco, o que teria ensejado flagrante discrepância na apuração da quantidade de mercadorias vendidas e, conseqüentemente, no ICMS incidente sobre estas operações.

Esclarece que a inconsistência apontada cinge-se às unidades de medida das mercadorias autuadas, haja vista que a fiscalização não aplicou o respectivo fator de conversão ao proceder o cotejo entre as mercadorias produzidas, (Constantes do Controle de Estoque da Recorrente em peças) e vendidas, (Constantes dos documentos fiscais registrados nos arquivos magnéticos do SINTEGRA em metros).

Assim, esta Câmara de Julgamento Fiscal, na sessão da data de 14 de julho de 2015, deliberou pela conversão do processo em diligência à ASTEC para que:

- 1. Com base no arquivo intitulado “quantidade produzida”, verificar a compatibilidade das medidas, peça X peça ou metros X metros, esclarecendo qual a medida utilizada nas notas de saída e das mercadorias produzidas, se em peças ou em metros.*
- 2. Se confirmada a divergência alegada pelo contribuinte, proceder à conversão do que estiver em peças para metros, utilizando para tanto os índices de conversão constantes na planilha anexada pelo recorrente às fls. 586/644.*
- 3. Intimar o sujeito passivo para apresentar os relatórios de custos ou inventários que evidenciem os saldos iniciais e finais em quantidade dos produtos autuados, mês a mês.*
- 4. Com base nas informações constantes nos relatórios, alterar o valor constante da coluna “quantidade de produtos” na planilha denominada “demonstrativo analítico do débito incentivado” de modo que ele passe a representar o resultado da seguinte fórmula: estoque inicial + produção – estoque final, observando a compatibilidade de unidade de medidas de que tratam os itens 1 e 2.*

5. Cumprida a determinação acima, informar se remanescem diferenças a serem exigidas, em caso positivo trazer aos autos os novos demonstrativos de débito.

Posteriormente, deve ser intimado o autuante e o sujeito passivo, sucessivamente, fornecendo-lhes no ato da intimação, cópia dos novos elementos, com indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar.

Terminados os trabalhos acima especificados, sejam os autos remetidos à PGE/PROFIS, para a emissão de Parecer definitivo. ”

Na conclusão da diligência, fls. 753-54, o diligente informou que:

- a) A planilha de fls. 586/644 indicada para o procedimento de conversão citado no item “2” do pedido de diligência foi juntada ao PAF antes da Informação Fiscal (fls. 649/52) prestada por autoridade fiscal autuante;
- b) Na Informação Fiscal (fl. 650) a autoridade fiscal autuante admite existir “inconsistências no levantamento de alguns produtos cuja unidade de medida padrão é PEÇA (de 6 ou 3 metros), no entanto, em alguns casos o faturamento teve como unidade de medida o METRO”;
- c) A segunda Informação Fiscal dos autos (prestada por estranho ao feito às fls. 672/674) expressa que: **c1)** A planilha apresentada pela recorrente (Doc. 07, fls. 586/644) não alcança o objetivo de eliminar as inconsistências do procedimento do qual resultou o lançamento tributário; **c2)** Todas as planilhas elaboradas pelos autuantes partiram dos arquivos magnéticos, como também a planilha elaborada pelo recorrente; **c3)** O trabalho de cotejamento é tão amplo e hercúleo que implica em refazimento do procedimento fiscal (fl. 673).

Sugeri que: **a)** encaminhar a autoridade fiscalizatória devido à manipulação dos arquivos do SINTEGRA; **b)** Devido à amplitude, será necessário o uso do SIAF, ferramenta de auditoria exclusiva das autoridades no exercício de atividades fiscalizadoras. Pede que o PAF seja encaminhado para INFAZ DE ORIGEM, tendo em vistas que a revisão de procedimento fiscal foge ao escopo dos trabalhos afetos desta Assessoria Técnica.

Os patronos do recorrente, fls. 761-62, manifesta sobre o encaminhamento do PAF à autoridade fiscalizadora, entendendo que este fato é incontroverso à inconsistência do Auto de Infração, o impõe o “refazimento” ou uma “ampla revisão do procedimento fiscal”, porque ou **(i)** anula-se a infração 1 desta autuação, em razão da sua incontroversa inconsistência; ou **(ii)** determina-se o apontado refazimento do procedimento fiscal, ainda que por meio da INFAZ DE ORIGEM, conforme sugerido pela ASTEC.

Afirma que devem ser integralmente cumpridas as determinações veiculadas por essa C. Câmara ao converter este feito em diligência (fls. 748/749), aí se incluindo os itens 3 a 5. E, relativamente ao item 3, requer seja a Recorrente intimada para que apresente os documentos requeridos, indicando o formato em que eles devem ser apresentados.

Ainda, na conclusão da diligência feita pelo autuante estranho ao feito – fls. 774/777, passa a informa que:

1-DO PEDIDO Nº 1 DO CONSEF: “Com base no arquivo intitulado “quantidade produzida”, verificar a compatibilidade das medidas, peça x peça ou metros x metros, esclarecendo qual a medida utilizada nas notas de saída e das mercadorias produzidas, se em peças ou em metros”

Foram analisados alguns itens de notas fiscais constantes na planilha enviada pelo Contribuinte, denominada “Doc. 7 - Item com UMP diferente da NF 2009 2010” (Fls. 586 a 644), que demonstra itens e respectiva nota em que foi apontado erro de unidade, e comparados com a planilha “quantidade produzida” dos Autuantes e constatou-se que realmente existem incompatibilidades entre as unidades de venda utilizadas na nota fiscal e na quantidade produzida constante na planilha dos Autuantes. A título exemplificativo foram anexadas cópias de cinco NFe obtidas junto Portal Nacional da Nota Fiscal-e de nºs 36.706, 38.393, 42.129, 45.936 e 58.708, de valores

relevantes (cópias anexas, fls. 834 a 845), e nelas se observa que a unidade de medida dos produtos na nota fiscal é M (metro), enquanto que no demonstrativo “quantidade produzida”, referente ao mesmo produto, consta a unidade PC (peça). A consequência dessa incompatibilidade se materializa quando num outro demonstrativo dos Autuantes “1-DEMONST. SAÍDAS TOTAIS TUBOS E CJ. CORPO E TAMPA CX. D’AGUA” foi considerado como unidade de saída PC e não M para as notas constantes na planilha do Contribuinte acima, havendo assim diferença entre a unidade de produção e de venda, já que não houve a devida conversão entre as unidades. Desta forma as saídas em metros foram consideradas como sendo em peças e como cada peça pode possuir entre 3 e 6 metros resultou numa saída quantitativa do produto superior a real, distorcendo o cálculo comparativo entre produção x saídas.

2-DO PEDIDO Nº 2 DO CONSEF: *“Se confirmada a divergência alegada pelo contribuinte, proceder à conversão do que estiver em peças para metros, utilizando para tanto os índices de conversão constantes na planilha anexada pelo recorrente às fls. 586/644”*

Nos cálculos finais, visando atender ao item 4 do Pedido de Diligência, os demonstrativos são apresentados já com a utilização dos índices de conversão da Recorrente (Vide “ANEXO 2 A REVISÃO FISCAL - SAÍDAS DE PRODUTOS BENEFICIADOS COM INCENTIVO DESENVOLVE SEM ORIGEM EM PRODUÇÃO PRÓPRIA” (Fl. 783)).

3- DO PEDIDO Nº 3 DO CONSEF: *“Intimar o sujeito passivo para apresentar os relatórios de custos ou inventários que evidenciem os saldos iniciais e finais em quantidade dos produtos autuados, mês a mês”*

Não foi necessário intimar o Contribuinte tendo em vista que as informações de Inventário necessárias à elaboração dos trabalhos encontram-se disponível na EFD do Contribuinte constantes no banco de dados da SEFAZ que, por sua vez, possui validade jurídica. Inclusive os mesmos valores de inventário da EFD constam também nos arquivos magnéticos do Sintegra (Vide fls. 824 a 833).

4-DO PEDIDO Nº 4 DO CONSEF: *“Com base nas informações constantes nos relatórios, alterar o valor constante da coluna “quantidade de produtos” na planilha denominada “demonstrativo analítico do débito incentivado” de modo que ele passe a representar o resultado da seguinte fórmula: estoque inicial + produção – estoque final, observado a compatibilidade de unidade de medidas de que tratam os itens 1 e 2”.*

Cabe neste pedido apenas uma correção: não se trata aqui de levantamento de estoques para análise da existência de omissão de entradas ou de saídas de mercadorias, mas sim de se observar se as saídas consideradas pelo Contribuinte como passíveis do incentivo Desenvolve têm ou não origem na produção própria. Neste caso a fórmula correta de análise é *“Estoque inicial de produção própria + Entradas da Produção – Saídas com benefício Desenvolve”*. Se o resultado da expressão for positivo então é porque as saídas têm por base produção própria e, portanto, são realmente beneficiadas com o incentivo. Se negativo significa que houve saídas cuja origem foi entradas adquiridas de terceiros e não da produção própria não sendo, portanto, passíveis do benefício do Desenvolve. Para tanto foi desenvolvido roteiro de trabalho pautado na seguinte metodologia:

4.1-Foram considerados os seguintes relatórios do Contribuinte e dos Autuantes, estes devidamente revisados e corrigidos:

4.1.1- Do Contribuinte

- “Doc. 7 - Item com UMP diferente da NF 2009 2010” que relaciona as notas fiscais com unidade de saída expressa em metro e considerada em peça no demonstrativo “1-DEMONST. SAÍDAS TOTAIS TUBOS E CJ. CORPO E TAMPA CX. D’AGUA-I A”, dos Autuantes.

4.1.2- Dos Autuantes:

- 1-DEMONST. SAÍDAS TOTAIS TUBOS E CJ. CORPO E TAMPA CX. D'ÁGUA;
- 3A e 3B -DEMONST. SAIDAS TUBOS CONJ. IRRIGAÇÃO
- 2-Qtde produzida_2009_2010
- 6A e 6B-DEMONSTRATIVO DE APURACAO ICMS
- 7-DEMONSTRATIVO APURACAO ICMS NORMAL

4.2-Foram unidos os relatórios 1 e 3A e 3B resultando num relatório único com as saídas dos produtos dos 2 relatórios (tubos, conjuntos compostos por corpo e tampa de caixa d'água (relatório 1) e tubos contidos nos conjuntos de irrigação (relatório 3A e 3B)) e confrontados com o relatório 2 (Qtde produzida), do item 4.1.2, acima, onde já foi levada em conta a conversão solicitada pelo Autuado dos itens com saídas em NF de metros para peça, conforme Doc. 7, do item 4.1.1.

4.3-Foram extraídos os dados de inventário final do exercício de 2008 (correspondente ao inventário inicial de 2009) do bloco H (Inventário Físico), Registro H010 (Inventário) da EFD, referentes aos produtos ora analisados. Para o produto ausente no inventário foi considerado estoque zero. Vide relatório “ANEXO 1 -REVISÃO FISCAL – ESTOQUE INICIAL 2009” (Fls. 779 a 782).

4.3-Com base nos relatórios acima, itens 4.2 e 4.3 (Inventário), produziu-se o relatório denominado “ANEXO 2 A - REVISÃO FISCAL - SAÍDAS DE PRODUTOS BENEFICIADOS COM INCENTIVO DESENVOLVE SEM ORIGEM EM PRODUÇÃO PRÓPRIA” (Impressos exemplificativos as fls. 783 a 794) elaborado de acordo com os seguintes critérios:

4.3.1-Estoque Inicial: foi considerado que todo estoque existente foi decorrente de produção própria, com direito ao incentivo Desenvolve, o que beneficia o Contribuinte já que parte dele pode ter por origem em aquisições de terceiros.

4.3.2- Saldo Anterior: os saldos anteriores referentes ao primeiro dia de movimento de 2009 referem-se ao estoque inicial de cada produto. Os saldos anteriores posteriores referem-se ao saldo remanescente após a saída imediatamente anterior decorrente da expressão $\text{Saldo Anterior} + \text{Produção} - \text{Saída} = \text{Saldo Atual}$. Se o resultado for negativo significa que a saída deu-se a partir de produtos adquiridos de terceiros, portanto, não sujeita ao incentivo DESENVOLVE. Neste caso sobre o ICMS correspondente não incide o incentivo fiscal, devendo este ser abatido do valor considerado pelo Autuado como sujeito ao incentivo. O Saldo Anterior da próxima saída será zero, tendo em vista o ICMS correspondente já haver sido computado na movimentação anterior como sem direito ao incentivo.

4.3.3-Produção mensal: foi considerado como ocorrida no primeiro dia de cada mês, o que também beneficia o Contribuinte já que, em verdade, a produção ocorre ao longo do mês.

4.3.4-Saída: Foi obtida a partir do “DEMONSTRATIVO ANALITICO DOS TUBOS CONSTANTES DOS CONJUNTOS DE IRRIGAÇÃO - ANEXO I-C” e “DEMONSTRATIVO DE SAIDAS TOTAIS DE TUBOS - ANEXO I-A”, dos Autuantes.

4.4- Com base no ANEXO 2 A foram produzidos resumos mensais totais e por produto das saídas sem direito a incentivo por terem como origem aquisições de terceiros (ANEXOS 2 B (Fls. 795 a 805), 2 C (Fls. 806 a 815) e 2 D (Fl. 816)).

4.5- Tendo por base os relatórios “6A e 6B-DEMONSTRATIVO DE APURACAO ICMS”, dos Autuantes,

foi elaborado o ANEXO 3 - REVISÃO FISCAL - DIFERENÇA A RECOLHER - COMPARATIVO AUTUANTES X REVISÃO FISCAL (fls. 817 a 822).

Este anexo detalha, mensalmente, a forma de cálculo do ICMS DESENVOLVE elaborada pelo Contribuinte, Autuantes e Revisão Fiscal de forma comparativa.

Para o cálculo do ICMS sem direito ao incentivo foram subtraídos dos totais de débitos de operações incentivadas consideradas pelo Contribuinte, os valores obtidos conforme Anexo 2 e resumos.

4.6- Por último foi laborado resumo mensal do valor do ICMS a reclamar, utilizando para isso a mesma planilha apresentada pelos Autuantes, denominada “7-DEMONSTRATIVO APURACAO ICMS NORMAL 2009 2010” (Fl. 823), acrescentando apenas as colunas referentes ao ICMS apurado conforme revisão, de forma a possibilitar análise comparativa entre os valores do imposto com incentivo apresentados pelo o Contribuinte, Autuantes e Revisão Fiscal.

5-DO PEDIDO Nº 5 DO CONSEF: *“Cumprida a determinação acima, informar se remanescem diferenças a serem exigidas, em caso positivo trazer aos autos os novos demonstrativos de débito”*

Mediante o exposto, os novos valores de ICMS a reclamar, considerados indevidamente pela Impugnante como incentivados, encontram-se resumidos no “ANEXO 4 – REVISÃO FISCAL - DIFERENÇA A RECOLHER - COMPARATIVO AUTUANTES X REVISÃO FISCAL - RESUMO MENSAL” (Fl. 823), cujo valor total foi reduzido de **R\$ 6.776.601,51 para R\$ 3.948.206,94**.

Em nova manifestação, fls. 851-52, reporta, após a revisão do fiscal, que reduziu o valor supostamente devido de R\$ 6.776.601,51 para R\$ 3.948.206,94 (fls. 774/845). Destacou que em 27/12/2017, a Recorrente foi intimada para se manifestar acerca da sobredita revisão fiscal, “...NO PRAZO IMPROROGÁVEL DE 10 (dez) dias, a contar do recebimento desta...” (doc. 1).

Sucedede que, à luz do art. 129, § 4º, c/c art. 132, II, ambos do Código Tributário do Estado da Bahia, o prazo para manifestação nesta hipótese é de 60 dias. Logo, como a autoridade competente revisou o Auto de Infração, corrigindo incorreções e suprimindo omissões, o prazo para a Recorrente se manifestar é de 60 dias, nos termos do Código Tributário do Estado da Bahia. Sem embargo, revela-se inviável a Recorrente responder à intimação em epígrafe em apenas 10 dias. Deveras, a revisão em comento resultou na elaboração de uma manifestação de 70 páginas e uma mídia eletrônica contendo relatórios que somados resultam em mais de 5.000 folhas.

Assinala que a Recorrente terá que se debruçar sobre estes documentos, apurando se foi dado o correto cumprimento à diligência determinada por essa C. Corte, apontando eventuais erros e desacertos. Requereu seja prorrogado por mais 50 dias o prazo para a Recorrente se manifestar sobre a revisão fiscal realizada.

Nas folhas seguintes foi atendida a prorrogação do prazo solicitado.

Em nova manifestação, fls. 861/868, destacou que após verificar a revisão referente à redução do valor da infração 1 de R\$ 6.776.601,51 para R\$ 3.948.206,94 (fls. 774/845), onde assinalou que a Recorrente solicitou à KPMG AUDITORES INDEPENDENTES a realização de análise complementar àquela que, em 10/5/2012, havia sido realizada *“...com base em seleção por amostragem de algumas saídas de produtos em relação as quais foi apurado o incentivo fiscal do DESENVOLVE, em meses específicos dos anos-calendário de 2009 a 2010”*.

Disse que este novo relatório, emitido em 22/2/2018 (doc. 3), contemplou *“...a verificação da totalidade das saídas promovidas pela unidade de Camaçari – BA da TIGRE, de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, e consideradas para fins de apuração do referido incentivo fiscal (do DESENVOLVE)”*, tendo a KPMG apresentado o seguinte “resultado da constatação”:

SAÍDAS CONSIDERADAS PARA O CÁLCULO DO DESENVOLVE SEM RESPALDO EM PRODUÇÃO LOCAL (CAMAÇARI-BA)

PERÍODO: Jan09 até Dez10

Código do Item	Descrição do Produto	Quantidades excedentes em relação à produção local	ICMS sobre as quantidades excedentes	Incentivo DESENVOLVE apurado sobre o ICMS - 90%
10221056	TUBO PVC 12 JET DN100/DE110 PBA	24	279,81	251,83
11366317	TUBO MPVC ESGOTO 1MPA JET DN100	2	33,67	30,30
14130209	ELETRODUTO SOLDADAVEL CL.A 20MA	1.220	344,43	309,99
15261080	TUBO REVEST.GEOTIGRE STD DN200 2M	3	84,73	76,26
15261528	TUBO REVEST.GEOTIGRE REF.DN150 1M	21	143,68	129,32
15261544	TUBO REVEST.GEOTIGRE REF.DN200 4M	34	1.927,83	1.735,05
15261560	TUBO REVEST.GEOTIGRE REF.DN200 2M	9	267,06	240,36
15262265	FILTRO GEOTIGRE REF DN115 0,75MCMX4M	12	94,11	84,79
15263075	FILTRO GEOTIGRE STD DN200 0,50MCMX2M	5	233,36	210,02
15263512	FILTRO GEOTIGRE REF DN150 0,50MCMX2M	13	255,47	229,93
15263547	FILTRO GEOTIGRE REF DN200 0,75MCMX4M	2	157,04	141,34
15263563	FILTRO GEOTIGRE REF DN200 0,75MCMX2M	18	621,26	559,13
15263571	FILTRO GEOTIGRE REF DN200 0,50MCMX2M	11	409,42	368,48
15293071	TB IRRIGA-LF PN 80 JET DEFOFO DN250	663	6.122,25	5.510,02
15293101	TB IRRIGA-LF PN 80 JET DEFOFO DN350	79	1.903,05	1.712,74
15305134	TB IRRIGA-LF PN125 JET DEFOFO DN350	13	380,74	342,67
15305185	TB IRRIGA-LF PN125 JET DEFOFO DN500	3	87,82	79,04
15323248	TUBO IRRIGA ES SEM ENGATE 4	21	70,14	63,13
TOTAL		2.183	13.415,99	12.074,39

Verifica-se, portanto, que, ao proceder a “revisão fiscal” determinada por essa Câmara Julgadora, o Sr. Auditor Fiscal concluiu que a Recorrente deixou de recolher R\$ 3.948.206,94 a título de ICMS, em razão da equivocada aplicação do DESENVOLVE. Já a KPMG AUDITORES INDEPENDENTES concluiu que a “...TIGRE considerou quantidades de saídas limitadas à produção da unidade de Camaçari – BA, exceto em relação as quantidades de produtos apresentadas na tabela a seguir, que excederam a produção da unidade de Camaçari – BA e foram consideradas na apuração do DESENVOLVE, o que resultou na apuração de um incentivo fiscal indevido de R\$ 12.074,39”.

E, em que pese o louvável labor desempenhado pelo Sr. Auditor Fiscal, o cotejo entre a “revisão fiscal” e o novo relatório da KPMG revela que as distintas conclusões quanto ao ICMS devido (R\$ 3.948.206,94 X R\$ 12.074,39) decorrem de equívocos constantes da referida “revisão fiscal”, que acarretaram uma conclusão também equivocada.

Primeiro, com relação aos “pedidos 1 e 2” da conversão em diligência determinada por esse Conselho, não há divergência entre a “revisão fiscal” e o relatório da KPMG. Deveras, conforme consignado neste relatório, “A conversão das unidades de medida, pelos auditores fiscais, em relação às saídas, foi realizada com base no documento Conversão de medidas, referido na letra “c” do item “Escopo dos trabalhos”, sendo que não encontramos divergências em relação a este procedimento de conversão”.

Segundo, quanto ao “pedido 4” da sobredita conversão em diligência, vê-se que tanto a “revisão fiscal” como o relatório da KPMG consignaram que adotaram a mesma fórmula para identificar se a Recorrente somente aplicou o benefício fiscal do DESENVOLVE às mercadorias produzidas na planta fabril de Camaçari.

Discorre que, o Sr. Auditor Fiscal assinalou, com os nossos destaques, que “...a fórmula correta de análise é ‘Estoque inicial de produção própria + Entradas da Produção – Saídas com benefício Desenvolve’. Se o resultado da expressão for positivo então é porque as saídas têm por base produção própria e, portanto, são realmente beneficiadas com incentivo. Se negativo significa que houve saídas cuja origem foi entradas adquiridas de terceiros e não da produção própria não sendo, portanto, passíveis do benefício do DESENVOLVE”.

Reporta que a KPMG, por sua vez, também consignou que “Para a constatação dos saldos de produtos produzidos na unidade da TIGRE em Camaçari - BA, efetuamos a movimentação de quantidades, considerando o estoque inicial, em janeiro/2009, acrescido das quantidades mensais de produtos produzidos localmente pela TIGRE e deduzido das respectivas saídas destes mesmos produtos e consideradas para o cálculo do incentivo fiscal do DESENVOLVE”. A fórmula, portanto, é a mesma: “Estoque inicial de produção própria + Entradas da Produção – Saídas com benefício Desenvolve”. E, conforme se depreende do relatório de constatação da KPMG, também se adotou os mesmos critérios da “revisão fiscal” para a mensuração do saldo de estoque inicial; quantidade de produtos produzidos na planta fabril de Camaçari; e definição dos produtos objeto da diligência fiscal.

Sucedee que, examinando a “revisão fiscal”, vê-se que, em determinadas hipóteses, o Sr. Auditor Fiscal se equivocou na aplicação da referida *fórmula*. Explica que, ao invés de utilizar como fator de subtração (terceiro elemento da referida *fórmula*) somente as “Saídas com benefício Desenvolve”, o Sr. Auditor Fiscal computou todas as saídas realizadas em cada mês com relação a cada uma das mercadorias, açambarcando também as saídas que não foram tributadas pela Recorrente com o benefício do DESENVOLVE, sendo que deveras, conforme assinalado em sua impugnação, a Recorrente elaborou demonstrativos mensais por meio dos quais apurou as operações agraciadas pelo referido incentivo fiscal, discriminando os valores devidos a título de ICMS incidente sobre estas operações (“ICMS incentivado”) (doc. 8, juntado com a impugnação).

Ademais, diz que para identificar as “operações incentivadas”, a Recorrente elaborou “relatórios mensais específicos”, por meio dos quais segregou as operações de saída das mercadorias de fabricação própria (doc. 9, juntado com a impugnação). Afirma que, demonstrou-se que não procede a premissa adotada pela autoridade autuante no sentido de que a Recorrente “...*não faz qualquer separação entre o que produz e o que recebe de outros estabelecimentos ou mesmo importa...*”. Isso porque não tributou todas as saídas realizadas utilizando-se o benefício fiscal do DESENVOLVE, tendo identificado por meio dos referidos documentos idôneos (demonstrativos de apuração e relatórios específicos) as operações de saída de produção própria que estão açambarcadas pelo referido incentivo fiscal. E, justamente por força disso, converteu-se o feito em diligência para que seja apurado o acerto ou desacerto desta segregação realizada pela Recorrente, o que, conforme corretamente assinalado pelo Sr. Auditor Fiscal, é realizado pela aplicação da *fórmula* “Estoque inicial de produção própria + Entradas da Produção – Saídas com benefício Desenvolve”.

Sucedee que o Sr. Auditor Fiscal adotou a mesma premissa equivocada da autoridade autuante, ao considerar que todas as saídas constantes da EFD correspondem às “Saídas com benefício Desenvolve” (é dizer, que a Recorrente tributou todas estas saídas com esse incentivo fiscal). Tanto mais isso é verdade que na “revisão fiscal” o Sr. Auditor Fiscal esclarece que extraiu a quantidade das *saídas* levadas em consideração para aplicação daquela *fórmula* “...do ‘DEMONSTRATIVO ANALÍTICO DOS TUBOS CONSTANTES DOS CONJUNTOS DE IRRIGAÇÃO – ANEXO I-C’ e ‘DEMONSTRATIVO DE SAÍDAS TOTAIS DE TUBOS – ANEXO I-A’, dos Autuantes”, consignando ainda, em resposta ao “pedido 3” da conversão em diligência, que “...*as informações de Inventário necessárias à elaboração dos trabalhos encontram-se disponível na EFD do Contribuinte constantes no banco de dados da SEFAZ que, por sua vez, possui validade jurídica*”.

Discorreu que na EFD estão escrituradas todas as notas fiscais de saída, com itens que foram e também que não foram tributados pela Recorrente com o incentivo do DESENVOLVE. Não há, portanto, a discriminação entre as saídas incentivadas e não incentivadas. Daí porque para a correta aplicação da sobredita *fórmula* a “revisão fiscal” deveria ter levado em consideração as informações constantes dos demonstrativos de apuração e dos relatórios específicos apresentados pela Recorrente (docs. 8 e 9, juntados com a impugnação) – onde há a sobredita segregação –, conforme procedeu a KPMG em seu relatório de constatação (doc. 3).

Notou que, para apurar a correção das informações lançadas pela Recorrente nestes documentos, a KPMG realizou o “...*confronto das informações correspondentes as saídas nele apresentadas com as informações reconhecidas pela unidade de Camaçari – BA para a apuração dos de incentivo do DESENVOLVE efetivamente constantes nos seus registros fiscais de apuração do ICMS. Como resultado do referido confronto, não identificamos divergências*”.

Acrescenta também que não consta da EFD a quantidade de mercadorias produzidas mensalmente pelo estabelecimento baiano da Recorrente, tendo esta informação sido extraída pelo Sr. Auditor Fiscal da planilha “Qtde. produzida_2009_2010”. Isto também aplica às “Saídas com benefício Desenvolve”, que devem ser extraídas dos sobreditos documentos apresentados pela Recorrente, sem prejuízo do seu confronto com as “...*informações reconhecidas pela unidade de Camaçari –*

BA para a apuração dos de incentivo do DESENVOLVE efetivamente constantes nos seus registros fiscais de apuração do ICMS”. Eis, portanto, o equívoco no qual incorreu a “revisão fiscal”, conforme se depreende da seguinte hipótese exemplificativa (note que na “revisão fiscal” foi considerada 9.060 saídas incentivadas, quando o correto são 3.062 saídas em que a Recorrente tributou com o benefício do DESENVOLVE):

Apuração diligência fiscal					Mês/Ano	Apuração incentivo fiscal DESENVOLVE					Diferença Qtda saída (A) - (B)
Código do Produto	Descrição do produto	CFOP	Número da Nota Fiscal	Qtda saída (A)		Número da Nota Fiscal	Código do Produto	CFOP	Qtda saída (B)	ICMS	
10120209	TUBO SOLD NBR 5648 20MM	6101	69156	6.000	09/2010						6.000
10120250	TUBO SOLD NBR 5648 25MM	6151	12440	6.000	06/2009						6.000
14021850	ANTI-CHAMA 1/2 TUBO ELET ROSCA	6151	44450	6.000	03/2010						6.000
14021884	ANTI-CHAMA 3/4 ELET CORRUG PVC TIGREFLEX 20MM	6151	30406	9.060	11/2009	30406	14021884	6151	3.062	928,89	5.998
14210202	SOM ELET CORRUG PVC TIGREFLEX 20MM	5101	38123	42.500	01/2010						42.500
14210202	SOM ELET CORRUG PVC TIGREFLEX 20MM	5101	38147	42.500	01/2010						42.500
14210253	SOM ELET CORRUG PVC TIGREFLEX 25MM	6151	13333	42.500	07/2009						42.500
14210253	SOM ELET CORRUG PVC TIGREFLEX 25MM	6101	16355	30.000	07/2009						30.000

Terceiro, salientou também se identificou que, em determinadas hipóteses, a “revisão fiscal” (i) deixou de considerar a quantidade de produção constante da planilha “2-Qtda. produzida_2009_2010” nos meses em que não havia saída de produtos como saldo de estoque; (ii) não considerou a quantidade de itens produzidos em meses anteriores; e (iii) indicou quantidade menor ou maior de produtos que não encontra lastro na sobredita planilha e tampouco na aplicação da fórmula apontada. Pinçam-se, a título exemplificativo, algumas hipóteses em que se incorreu nestes equívocos:

			Saldo apurado na diligência fiscal	Saldo do documento “2-Qtda. produzida_2009_2010”	Diferença
Código do Produto	Descrição do produto	Mês/Ano	Qtda produção	Qtda produção	
10120446	TUBO SOLD NBR 5648 40MM CARD	08/2009	0	12.950	12.950
10120551	TUBO SOLD NBR 5648 50MM CARD	06/2009	0	3.780	3.780
10240620	TUBO PVC 20 JEI DN 50/DE 60 PBA	04/2009	0	2.775	2.775
11030610	TUBO ESGOTO PRIM BV 6M 50MM CARD	06/2009	0	6.600	6.600
15293055	TB IRRIGA-LF PN 80 JEI DEFOFO DN200	06/2010	0	795	795
15293055	TB IRRIGA-LF PN 80 JEI DEFOFO DN200	08/2010	0	256	256
15305061	TB IRRIGA-LF PN125 JEI DEFOFO DN200	06/2010	0	617	617
15305096	TB IRRIGA-LF PN125 JEI DEFOFO DN250	05/2010	0	135	135

			Saldo apurado na diligência fiscal	Saldo apurado na constatação	Diferença
Código do Produto	Descrição do produto	Mês/Ano	Saldo de estoque	Saldo de estoque	
10120446	TUBO SOLD NBR 5648 40MM CARD	02/02/2009	2.805	12.950	10.145
10120551	TUBO SOLD NBR 5648 50MM CARD	02/07/2009	1.227	3.780	2.553
10240620	TUBO PVC 20 JEI DN 50/DE 60 PBA	20/03/2009	1.667	4.444	2.777
11030610	TUBO ESGOTO PRIM BV 6M 50MM CARD	22/07/2009	7.498	6.600	(898)
15293055	TB IRRIGA-LF PN 80 JEI DEFOFO DN200	05/07/2010	2.790	3.588	798
15293055	TB IRRIGA-LF PN 80 JEI DEFOFO DN200	22/09/2010	3.183	4.237	1.054
15293071	TB IRRIGA-LF PN 80 JEI DEFOFO DN250	10/03/2009	3.254	0	(3.254)
15305061	TB IRRIGA-LF PN125 JEI DEFOFO DN200	28/07/2010	1.002	1.723	721
15305096	TB IRRIGA-LF PN125 JEI DEFOFO DN250	16/06/2010	0	155	155

E, pretendendo-se facilitar a identificação deste equívoco, pinça-se produto constante do “Anexo 2 A Revisão Fiscal” (10120446, destacado em vermelho), que iniciou a movimentação de saída em setembro/2009, porém não teve a produção própria de agosto/2009 (no montante de 12.950 peças) levada em consideração. Note que o saldo anterior deste produto indicado no sobredito Anexo é de 2.805, valor este que não encontra lastro nos documentos ou na fórmula que subsidiou a “revisão fiscal”, revelando-se, ademais, que não foi considerada a produção de 12.950 peças no mês anterior (quando não houve saída desse produto).

Sefaz/A-Sat/Dat Metro/Ifep Indústria (Revisão Fiscal)

ANEXO 2 A REVISÃO FISCAL - SAÍDAS DE PRODUTOS BENEFICIADOS COM INCENTIVO DESENVOLVE SEM ORIGEM EM PRODUÇÃO PRÓPRIA

Emissão	CNPJ Destinatário	Pedido Venda	UF	CFOP	Nota Fiscal	S Anterior (A)	Produção (B)	Saída (C)	Saldo atual (D=A+B-C)	Pr Unit (E)	BC ICMS (F)	ICMS Sem Produção (G: Somente se D<0)
CÓDIGO DO PRODUTO 10120403 TUBO SOLDAREL NBR 5648 40MM												
31/12/2010	05326893/0001-83		BA	5101	78.789	3.010	0	12	2.998	21,09	253,08	0,00
31/12/2010	09067201/0001	3382130			78.792	2.998	0	50	2.948	26,18	1.309,00	0,00
31/12/2010	06117011/0001-32		SE	6101	78.810	2.948	0	10	2.938	28,80	298,00	0,00
31/12/2010	07891852/0001-11		BA	5101	78.818	2.938	0	50	2.888	20,80	1.040,00	0,00
31/12/2010	05326893/0001-83		BA	5101	78.831	2.888	0	3	2.885	21,09	63,27	0,00
31/12/2010	05326893/0001-83		BA	5101	78.834	2.885	0	13	2.872	21,09	274,17	0,00
31/12/2010	05326893/0001-83		BA	5101	78.837	2.872	0	27	2.845	21,09	569,43	0,00
31/12/2010	08175222/0001-57		BA	5101	78.841	2.845	0	40	2.805	27,59	1.103,60	0,00
TOTAL DO MÊS: Dezembro 2010 PRODUTO: 10120403 TUBO SOLDAREL NBR 5648 40MM												
TOTAL DO ANO 2010 PRODUTO 10120403 TUBO SOLDAREL NBR 5648 40MM												
TOTAL DO PRODUTO 10120403 TUBO SOLDAREL NBR 5648 40MM												
CÓDIGO DO PRODUTO 10120446 TUBO SOLD NBR 5648 40MM CARD Unidade de medida: PEÇA ESTOQUE INICIAL (JAN 2009): 0												
ANO: 2009												
MÊS: Setembro 2009												
02/09/2009	84884455/0012-16		PE	6151	21.614	2.805	0	3.500	-995	8,47	5.888,74	706,65
02/09/2009	84884455/0012-16		PE	6151	21.615	0	0	3.500	-3.500	8,47	29.655,50	3.558,66
02/09/2009	84884455/0012-16		PE	6151	21.616	0	0	3.500	-3.500	8,47	29.655,50	3.558,66
02/09/2009	84884455/0012-16		PE	6151	21.617	0	0	2.450	-2.450	8,47	20.758,85	2.491,06
TOTAL DO MÊS: Setembro 2009 PRODUTO: 10120446 TUBO SOLD NBR 5648 40MM CARD												
TOTAL DO ANO 2009 PRODUTO 10120446 TUBO SOLD NBR 5648 40MM CARD												
TOTAL DO PRODUTO 10120446 TUBO SOLD NBR 5648 40MM CARD												
CÓDIGO DO PRODUTO 10120500 TUBO SOLDAREL NBR 5648 50MM Unidade de medida: PEÇA ESTOQUE INICIAL (JAN 2009): 8.591												
ANO: 2009												

Contribuinte: Tigre S/A Tubos e Conexões - CNPJ: 84.684.455/0070-95 - IE 048.900.333

Pág. 1041 de 5562

Requer que seja (i) determinada a correção dos apontados equívocos identificados na “revisão fiscal” de fls. 774/845, intimando a Recorrente para que apresente nova manifestação; ou, decidindo essa Câmara Julgadora pelo reconhecimento destes equívocos e pelo acolhimento da apuração realizada pela KPMG AUDITORES INDEPENDENTES independentemente da correção da “revisão fiscal”, requer seja (ii) julgada improcedente a Infração 1 dos autos, reduzindo o ICMS lançado para R\$ 12.074,39 (conforme o relatório de constatação elaborado pela KPMG), acaso seja afastada a integral nulidade ou improcedência desta infração; e (iii) julgada improcedente a Infração 2 desse auto de infração, conforme, aliás, foi reconhecido pela 5ª JF em caso análogo ao presente (doc. 4).

Na fl. 981, consta petição de pedido de adiamento do julgamento devido ao julgamento do Agravo de Instrumento nº 5165341-74.2017.8.09.0000 (Doc. 1), conforme fls. 983/1003.

A então relatora (Laís de Carvalho Silva), após incluir em Pauta de Julgamento do dia 14/03/2018, converteu novamente em diligência ao REVISOR FISCAL, tecendo que:

...de posse da documentação apresentada e das razões suscitadas pela recorrente, o fiscal diligente procedeu com a revisão fiscal, concluindo que foram considerados pelo autuante valores de ICMS indevidamente como incentivados, o que acarretou na redução da infração de R\$ 6.776.601,51 para R\$ 3.948.206,94.

Em manifestação apresentada, a recorrente informa que solicitou à KPMG AUDITORES INDEPENDENTES a realização de análise complementar àquela realizada em 10/05/2012, sendo que este novo parecer complementou a verificação da totalidade das saídas do período autuado, concluindo na apuração de um incentivo fiscal indevido na monta de R\$ 12.074,39.

Assim, a recorrente insurge-se contra alguns pontos da revisão fiscal realizada. Quais sejam:

1. Entende que houve equívoco por parte do auditor fiscal na aplicação da fórmula utilizada (estoque inicial de produção própria + entradas da produção – saídas com benefício do DESENVOLVE), uma vez que utilizou no fator de subtração (saídas com benefício do DESENVOLVE) todas as saídas realizadas em cada mês com relação a cada uma das mercadorias, inclusive as saídas que não foram tributadas pela recorrente com o precitado benefício;
2. Salienta que elaborou demonstrativos mensais específicos, nos quais segregou as operações de saída das mercadorias de fabricação própria (docs. 8 e 9 juntados na impugnação), uma vez que não usou o benefício fiscal em todas as saídas realizadas.

3. Ademais, entende que tais demonstrativos de apuração e relatórios mensais deveriam ser levados em consideração e não a EFD, uma vez que as notas fiscais escrituradas não discriminam entre saídas incentivadas e não incentivadas.
4. Aponta que não consta na EFD a quantidade de mercadorias produzidas mensalmente pelo estabelecimento baiano, tendo o fiscal extraído tal informação da planilha “qtde. Produzida_2009_2010”, devendo também ser aplicada às saídas com benefício DESENVOLVE, extraídas dos documentos apresentados pela recorrente.
5. Cita como exemplo do equívoco cometido as seguintes situações:
 - a) A revisão fiscal considerou 9.060 saídas incentivadas, quando o correto seriam 3.062 saídas tributadas com o benefício (tabela comparativa anexada fl. 866);
 - b) Não foi considerada pela revisão fiscal a quantidade de produção constante na planilha “2-qn da. Produzida_2009_2010” nos meses em que não havia saída de produtos com saldo de estoque; não foi considerada a quantidade de itens produzidos em meses anteriores;
 - c) Indicou quantidade menor ou maior de produtos não constantes na planilha nem na aplicação da fórmula apontada. Exemplo:

Código produto 10120446 – iniciou a saída em setembro/2009, porém não teve produção própria de agosto/2009 (no montante de 12.950 peças) levadas em consideração. O Saldo anterior é de 2.805, valor que não encontra lastro nos documentos ou na fórmula que subsidiou a revisão fiscal, não sendo considerada a produção de 12.950 peças no mês anterior (mês que não ocorreu saída do produto). Demais exemplos expostos no quadro apresentado (fls. 866 e 867).

Portanto, pediu as seguintes solicitações:

Considerando o núcleo da divergência, qual seja, o fator de subtração da fórmula utilizada (saídas com benefício do DESENVOLVE), uma vez que foram consideradas todas as saídas realizadas em cada mês com relação a cada uma das mercadorias, inclusive as saídas que supostamente não foram tributadas pela recorrente com o precitado benefício, este se manifeste sob as alegações apresentadas, revisando todas as planilhas e as fontes das planilhas que originaram os dados apresentados pelo contribuinte, confrontando-os com os valores apresentados e reconhecidos na diligência anterior.

Para tanto, o diligente poderá solicitar junto à empresa autuada documentos, livros, e demais elementos da escrita fiscal contábil, vinculando-os aos dados constantes nas planilhas apresentadas como contraprova da autuação.

Caso os fundamentos apresentados tenham o condão de alterar a revisão fiscal anterior, sejam produzidos novos demonstrativos, dando vistas ao contribuinte para se manifestar sobre os mesmos, se assim desejar, no prazo de 30 (trinta) dias, considerando a complexidade da matéria e a quantidade extensiva dos produtos autuados.

Após conclusão dos trabalhos, os autos devem ser remetidos à PGE/PROFIS para emissão de Parecer conclusivo.

Ao final, o processo deve retornar a este CONSEF para julgamento.

Na conclusão de revisão solicitada, fls. 1009/1011, o diligente informa que:

1-DO PEDIDO DO CONSEF: “Considerando o núcleo da divergência, qual seja, o fator de subtração da fórmula utilizada (saídas com benefício do DESENVOLVE), uma vez que foram consideradas todas as saídas realizadas em cada mês com relação a cada uma das mercadorias, inclusive as saídas que supostamente não foram tributadas pela recorrente com o precitado benefício, este se manifeste sob as alegações apresentadas, revisando todas as planilhas e fontes das planilhas que originaram os dados apresentados pelo contribuinte, confrontando-os com os valores apresentados e reconhecidos na diligência anterior.”

Considerando-se que para a elaboração da revisão anterior foram consideradas planilhas já elaboradas pelos Autuantes, como determinava o CONSEF, e que tais planilhas não estão corretas como alegado pela Impugnante por contemplarem saídas não consideradas no benefício serão, nesta fase do trabalho, utilizadas apenas as planilhas originalmente fornecidas pelo Contribuinte

para o cálculo do Benefício Desenvolve que, por sua vez, retratam a produção e respectivas saídas que foram efetivamente beneficiadas pelo sistema de incentivo, sendo estas confrontadas com o Registro de Apuração do ICMS.

Para isso serão considerados relatórios do Contribuinte e Registro de Inventário contido na EFD encaminhado pelo mesmo ao SPED.

1-RELATÓRIOS DO CONTRIBUINTE

- 1.1-"Relatórios Base para Cálculo do Incentivo": informam as quantidades saídas e valores de ICMS utilizados nos benefícios por Nota Fiscal;
- 1.2-"NFs Cjto Irrigação - Detalhamento dos itens Camaçari": fornecem mesmas informações do item 1 acima, porém, apenas para componentes dos conjuntos de irrigação. Isto porque no relatório referente ao Item 1, tais componentes não têm o valor do ICMS discriminado, mas apenas os quantitativos por nota fiscal. Daí a necessidade desse detalhamento em relatório à parte;
- 1.3-Demonstrativos da Apuração Benefício Desenvolve – demonstram os valores apurados nas operações incentivadas do Desenvolve, que utilizou como fonte as informações dos relatórios dos Itens 1 e 2;
- 1.4-Relatórios de Produção – demonstram as quantidades fabricadas dos produtos que foram utilizados para efeito do benefício fiscal, arquivo "Qtde produzida_2009_2010.xls", planilha "ver451_2009_2010".

2-INFORMAÇÕES DO SPED (Sistema de Processamento de Escrituração Digital)

- 2.1-Registro de Inventário dez 2012 – Disponível nos arquivos da Sefaz informado pelo Contribuinte (EFD). Informação digital com validade legal, já que não mais existe a escrituração em meio físico.

3-METODOLOGIA UTILIZADA PELA REVISÃO

A seguinte sequência de procedimentos foi utilizada no decorrer da Revisão Fiscal:

- 3.1-Os Relatórios Auxiliares dos Conjuntos de Irrigação com informação do valor do ICMS foram incorporados às planilhas dos Relatórios Base para Cálculo do Incentivo que, para os componentes dos produtos dos conjuntos de irrigação, não possuíam dados do imposto;
- 3.2-Com base nesse relatório, que informa as quantidades e valor do ICMS, por nota fiscal, dos produtos beneficiados com o incentivo Desenvolve, Relatórios de Produção (item 2.4) e dados do Registro de Inventário de 31 de Dezembro de 2008, foi elaborado o Anexo 2 A, denominado "SAÍDAS DE PRODUTOS BENEFICIADOS COM INCENTIVO DESENVOLVE SEM ORIGEM EM PRODUÇÃO PRÓPRIA", cuja linha de raciocínio empregada para elaboração desse relatório foi pautada nos seguintes procedimentos:
 - 3.2.1-Estoque Inicial: estoque existente em 31/12/2008. Considerou-se que todo estoque existente foi decorrente de produção própria, com direito ao incentivo Desenvolve, o que beneficia o Contribuinte já que parte dele pode ter por origem aquisições de terceiros;
 - 3.2.2- Saldo Anterior: os saldos anteriores referentes ao primeiro dia de movimento de 2009 referem-se ao estoque inicial de cada produto existente em 31/12/2008. Os saldos anteriores posteriores referem-se ao saldo remanescente após a saída imediatamente anterior decorrente da expressão Saldo Anterior + Produção – Saída = Saldo Atual. Se o resultado for negativo significa que a saída deu-se a partir de produtos adquiridos de terceiros, portanto, não sujeita ao incentivo Desenvolve. Neste caso sobre o ICMS

correspondente não incide o incentivo fiscal, devendo este ser abatido do valor considerado pelo Autuado como sujeito ao incentivo. O Saldo Anterior da próxima saída será zero, tendo em vista o ICMS correspondente já haver sido computado na movimentação anterior como sem direito ao incentivo;

3.2.3-Produção mensal: foi considerado como ocorrida no primeiro dia de cada mês, o que também beneficia o Contribuinte já que, em verdade, a produção ocorre ao longo do mês;

3.2.5-Saída e valor do ICMS: foram obtidos a partir dos “Relatórios Base para Cálculo do Incentivo” e dos relatórios “NFs Cjto Irrigação 2009 - Detalhamento dos itens Camaçari”, informados pelo Contribuinte;

3.2.6- Com base no ANEXO 2 A foram produzidos resumos mensais totais por produto das saídas sem direito a incentivo por terem como origem aquisições de terceiros (ANEXOS 2 B e C).

3.3-Partindo dos valores de ICMS sem produção própria foi feito o demonstrativo apresentado pela Impugnante “ICMS – DEMONSTRATIVO DOS VALORES APURADOS – OPERAÇÕES INCENTIVADAS – PROGRAMA DESENVOLVE”, de acordo com os números do demonstrativo do Anexo 2 C, resultando nas diferenças a recolher conforme apresentado no ANEXO 3 - “DEMONSTRATIVO DE DIFERENÇA A RECOLHER - BENEFÍCIO DESENVOLVE”, no total de R\$ 163.806,53 nos anos de 2009 e 2010.

4-CONCLUSÃO

Em vista dos levantamentos efetuados, reportou novos valores a reclamar de ICMS ficam reduzidos de **R\$ 6.776.601,51** originais para **R\$ 163.806,53**, conforme fls. 1010 e 1037.

Em resposta a última diligência, fls. 1043-44, o contribuinte manifesta que ao proceder essa nova “revisão fiscal”, o i. Auditor Fiscal estranho ao feito concluiu que pela redução de R\$ 6.776.601,51 originais para R\$ 163.806,53.

Disse ser induvidosa a improcedência da Infração 1, devendo ser reduzido o ICMS lançado para R\$ 12.074,39 (conforme o relatório de constatação elaborado pela KPMG) ou, ao menos, para R\$ 163.806,53 (conforme a nova “revisão fiscal” realizada pelo Auditor Fiscal estranho ao feito), acaso seja afastada a integral nulidade ou improcedência desta infração.

Reitera a improcedência da Infração 2, conforme foi reconhecido pela 5ª JF em caso análogo ao presente referente ao julgamento do Auto de Infração nº 206833.0006/17-7 (A-0201-05/17) – DOC 2. Reportou que aquele órgão julgador acertadamente considerou, à luz do art. 111 do CTN, que a redução da base de cálculo prevista na Cláusula segunda do Convênio ICMS 52/91 é aplicável apenas e tão somente às peças integrantes dos conjuntos de irrigação que se enquadram na classificação da NCM 8424.81.21 (item 10.3 do Anexo II do Convênio ICMS 52/91). E como as mercadorias transferidas pelas filiais da Recorrente não se amoldavam àquela classificação (assim como no caso concreto), a referida autuação foi julgada improcedente, eis que estas operações foram tributadas à base de cálculo correta pelo seu remetente, a revelar a legitimidade do crédito de ICMS apropriado pelo estabelecimento baiano da Recorrente.

Notou que, até 11/2010 (o que abrangia quase que a integralidade das operações autuadas), a redação do Item 10.3 do Anexo II do Convênio ICMS 52/91 sequer havia sido alterada para contemplar os “...*elementos integrantes desses sistemas, como máquinas, aparelhos, equipamentos, dispositivos e instrumentos*”.

Disse que, além de fazer referência apenas à NCM 8424.81.21 (o que já restringe a aplicação desse benefício fiscal às mercadorias classificadas nesse código), as “descrições” vigentes no período autuado eram “Irrigadores e sistemas de irrigação para uso na lavoura, por aspersão” (de

15/10/2009 a 30/11/2010) e “*Aparelhos e dispositivos mecânicos, destinados a regular a dispersão ou orientação de jato de água, inclusive simples órgãos móveis postos em movimento pela pressão de água, usados na irrigação da lavoura*”, quando também se fazia referência à NCM 8424.81.29 (de 20/10/2008 a 14/10/2009).

Afirma ser flagrante, pois, a inaplicabilidade desse Convênio às peças integrantes dos conjuntos de irrigação constantes dos “*DEMONSTRATIVOS DE UTILIZAÇÃO DE CRÉDITO EM DESACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DO CONVENIO ICMS 52/91*” (acostados ao Auto de Infração), seja pela classificação fiscal ou pela descrição dessas mercadorias constante desses demonstrativos. Pede a improcedência da infração 2.

Na fl. 1066, consta parecer opinativo da PGE/PROFIS que requereu que o autuante viesse apresentar nova informação fiscal em face de novos demonstrativos por fiscal estranho ao feito.

Em nova manifestação do contribuinte, fl. 1069, onde requereu entendimento conforme julgado já indicado anteriormente referente à infração 2.

Em nova solicitação de diligência, fl. 1097, a relatora da época, em Pauta Suplementar do dia 31/01/2019, converteu os autos em diligência ao autuante, tendo em vista a solicitação da procuradoria, com amparo ao art. 149-A do RPAF/99, para que o mesmo se manifeste sobre os novos demonstrativos elaborados pelo fiscal estranho ao feito.

Após as devidas providências, na fl. 1108, outro auditor fiscal, emitiu informação fiscal, sendo que o mesmo manifestou o inconformismo com o resultado da última diligência, isto porque, a mesma autoridade fiscal apresentou resultado diametralmente oposto ao da primeira, em razão da utilização de dados apresentados pela defesa sem lastro em quaisquer elementos da escrita fiscal/contábil do contribuinte, sendo de fácil constatação a incongruência dessa última revisão com a simples leitura da referida peça. Ponderou ser evidente que o resultado não poderia ser outro, visto que as planilhas elaboradas pela defesa, diz respeito aos dados de produção industrial do estabelecimento beneficiário do DESENVOLVE, teria que ser montado de tal forma que o resultado da apuração atendesse a sua narrativa. Por fim, informa que não poderia realizar a tarefa para qual fora demandado pela colenda CJF do CONSEF e requereu encaminhamento de nova diligência com o objetivo de se buscar a verdade material partindo, não de dados adredemente montados pela defesa, mas sim, de elementos verdadeiros, a partir dos relatórios de produção mensais dos exercícios fiscalizados, bem como dos documentos fiscais emitidos no período.

A relatora novamente, nas fls. 1112-13, converte os autos em diligência ao autuante Valdemar Santos Filho para que verifique: primeiro, à pertinência da infração 2, onde o sujeito passivo em sessão do dia 06/02/2020, informou que os demonstrativos desta referida infração não constam o NCM das mercadorias, sendo que o Convênio estabelece as mercadorias que são contempladas com a redução da base de cálculo, tornando-se inviável o contraditório. Requer também que sejam acrescentadas ao demonstrativo fiscal da infração 2, as correspondentes NCMs. Após realizados os trabalhos, pede que intime o contribuinte para manifestar-se, caso queira, no prazo de 10 (dez) dias.

Em cumprimento à diligência solicitada, fls. 1221-22, onde informou que o cumprimento da referida diligência só poderia ser praticado pelo próprio coautuante destinatário original da diligência, restando prejudicado em parte quanto ao que preconiza o art. 149-A do RPAF/99. Em outro pedido, de acrescentar aos demonstrativos da infração 2, as correspondentes NCM, informou que refez os demonstrativos dos Anexos II e II-A com a inclusão das respectivas NCM de todas as mercadorias e foram gravados os novos arquivos na mídia acostada na fl. 1223.

Com a devida intimação do contribuinte para se manifestar, fls. 1251/1254, o mesmo rechaça todo que fora pedido: para a infração 1 pede para a redução no valor de R\$ 12.074,39 ou, ao menos, para o valor de R\$ 163.806,53; e para a infração 2 reitera para a redução da base de cálculo prevista na

cláusula segunda do Convênio ICMS 52/91, aplicável apenas no enquadramento da classificação da NCM 8424.8121 (Item 10.3 do Anexo II).

O último diligente tomou conhecimento da última manifestação, fl. 1268.

VOTO

Trata o presente Recurso Voluntário de apenas 2 itens do lançamento inicial, no caso, as infrações 1 e 2, pelo recolhimento a menor de ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento, no período de janeiro/2009 a dezembro/2010 e pela utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo, no período de janeiro/2009 a dezembro/2010, respectivamente.

A recorrente argui nulidade da decisão, alegando que a fiscalização estadual reconheceu que incidiu em equívoco ao mensurar o ICMS cobrado pela Infração 1, pois, ao proceder as análises entre as mercadorias produzidas e vendidas, não aplicou o respectivo fator de conversão das unidades de medida. Alegou que a decisão recorrida erigiu fundamento para manutenção da Infração 1 que colidiu com a própria manifestação da autoridade fiscal, sem analisar, ademais, a legitimidade de se alterar os apontados arquivos magnéticos. Apesar de assistir razão a recorrente, ao longo do processo tal equívoco foi sanado, portanto, rejeito a nulidade suscitada.

No mérito, a mesma se insurgiu contra a manutenção da infração 01, que cobrou ICMS recolhido a menor em função do suposto uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, tendo em vista que nos cálculos da autuação não foram considerados as conversões da unidade padrão do estoque para a unidade utilizada pelo fisco, ou seja, as mercadorias produzidas, constantes do Controle de Estoque da Recorrente estariam em peças e as vendidas, conforme documentos fiscais registrados nos arquivos magnéticos do SINTEGRA, em metros, tal fato ensejou flagrante discrepância na apuração da quantidade de mercadorias vendidas e, conseqüentemente, no ICMS incidente sobre estas operações.

Também rechaçou a afirmação do autuante de que a Recorrente “... não faz qualquer separação entre o que produz e o que recebe de outros estabelecimentos ou mesmo importa...”, eis que “atribui a mesma codificação tanto para o produto de fabricação própria quanto para aqueles oriundos de outros estabelecimentos ou do exterior”, razão da alegada impossibilidade de “... identificar através das Notas Fiscais ou de outros documentos idôneos os produtos sobre os quais deve recair o benefício do DESENVOLVE”. Trazendo aos autos “relatórios mensais específicos” segregando as “operações incentivadas”, ou seja, as operações de saída das mercadorias de fabricação própria.

Diante da constatação de que o autuante, em sua primeira Informação Fiscal alegou que não seria possível fazer a devida conversão, o PAF foi convertido em diligência para ASTEC, que por sua vez, às fls. 753-54, sugeriu que fosse encaminhado a autoridade autuante devido à manipulação dos arquivos do SINTEGRA e necessidade do uso do SIAF, ferramenta de auditoria exclusiva das autoridades no exercício de atividades fiscalizadoras. O mesmo foi encaminhado ao auditor Estranho ao Feito que trouxe às fls. 774/777, o resultado da diligência com a redução da infração 01 para R\$ 3.948.206,94.

Apesar da redução significativa, a recorrente voltou a se insurgir contra o resultado da última diligência, e para reforçar seus argumentos trouxe uma auditoria realizada pela KPMG Auditores Independentes, feita na totalidade das suas operações no período autuado, a qual “informou que fórmula correta de análise é **‘Estoque inicial de produção própria + Entradas da Produção –**

Saídas com benefício Desenvolve. Se o resultado da expressão for positivo então é porque as saídas têm por base produção própria e, portanto, são realmente beneficiadas com incentivo. Se negativo significa que houve saídas cuja origem foi entradas adquiridas de terceiros e não da produção própria não sendo, portanto, passíveis do benefício do DESENVOLVE. O Auditor Diligente, também concluiu que essa seria a formula correta. Entretanto, os resultados foram diferentes, a KPMG apontou um valor devido de R\$ 12.074,39.

Tal discrepância ocorreu por um equívoco na aplicação da formula, pois ao invés de utilizar como fator de subtração (terceiro elemento da referida fórmula) somente as “Saídas com benefício DESENVOLVE”, o Sr. Auditor Fiscal computou todas as saídas realizadas em cada mês com relação a cada uma das mercadorias, incluindo também as saídas que não foram tributadas pela Recorrente com o benefício do DESENVOLVE. A Recorrente elaborou demonstrativos mensais por meio dos quais apurou as operações agraciadas pelo referido incentivo fiscal, discriminando os valores devidos a título de ICMS incidente sobre estas operações (“ICMS incentivado”)

Constatado o equívoco, o PAF volta ao diligente para que:

Considerando o núcleo da divergência, qual seja, o fator de subtração da fórmula utilizada (saídas com benefício do DESENVOLVE), uma vez que foram consideradas todas as saídas realizadas em cada mês com relação a cada uma das mercadorias, inclusive as saídas que supostamente não foram tributadas pela recorrente com o precitado benefício, este se manifeste sob as alegações apresentadas, revisando todas as planilhas e as fontes das planilhas que originaram os dados apresentados pelo contribuinte, confrontando-os com os valores apresentados e reconhecidos na diligência anterior.

Finalizados os trabalhos, às fls. 1043/44, o mesmo trouxe novos valores devidos a título de ICMS no valor de **R\$ 163.806,53**, conforme fls. 1010 a 1037. A recorrente por sua vez, continua a afirmar ser indubitosa a improcedência da Infração 1, devendo ser reduzido o ICMS lançado em R\$ 12.074,39 (conforme o relatório de constatação elaborado pela KPMG), entretanto, não aponta onde poderia estar tal ou possível divergência.

Dessa forma, me alinho ao diligente, ficando a infração 01 assim liquidada:

INFRAÇÃO 1

ANO/MÊS	DIFERENÇA A RECOLHER	ANO/MÊS	DIFERENÇA A RECOLHER
2009		2010	
Janeiro	13.025,99	Abril	891,73
Fevereiro	6.498,48	Junho	1.107,73
Março	16.664,74	Agosto	102.616,75
Abril	16.715,91		
Maio	6.034,86		
Junho	246,87		
Julho	3,42		
TOTAL 2009/2010		163.806,53	

Quanto a infração 02, que acusou da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, nas operações interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem superior à estabelecida em lei complementar, convênios ou protocolo, no período de janeiro/2009 a dezembro/2010. ICMS R\$ 500.493,96.

Analisei o processo em questão e verifiquei que todas as mercadorias objeto das transferências constantes das notas fiscais eletrônicas, possuem NCM'S divergentes da NCM constante no Anexo II, item 10.3 do Convênio 52/91. Neste sentido, as mercadorias não são classificadas na NCM 8424.81.21, o que afasta a aplicação da redução da base de cálculo prevista na Cláusula segunda do Convênio ICMS 52/91:

10.3	Irrigadores e sistemas de irrigação para uso na lavoura, por aspersão, inclusive os elementos integrantes desses sistemas, como máquinas, aparelhos, equipamentos, dispositivos e instrumentos.	8424.81.21
------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

Desta forma, analisando os relatórios da infração acostada aos autos, (CD de fls. 157), não se identifica mercadoria com NCM contemplada no Anexo II do Convênio ICMS 52/91. Como segue:

NCM	Descrição do Produto
3917.21.00	TUBO IRRIGA IL PEBDL PN30 16MM 300M
3917.23.00	TB IRRIGA-LF PN 60 JEI DEFOFO DN100
3917.40.90	ASPELOR CONJ IRRIGA REF LS.-30 1

Inclusive já temos precedente nesta 1ª Câmara, no voto julgado por unanimidade, do Conselheiro Luiz Augusto Fernandes Dourado, vejamos:

“1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0214-11/18

EMENTA: ICMS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. OPERAÇÕES COM BASE DE CÁLCULO FIXADA PELA UNIDADE FEDERADA. VALOR SUPERIOR AO ESTABELECIDO. Autuado apresenta elementos que comprovam o não cometimento da infração ratificado pelo autuado. Infração insubsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. ”

Do exposto, julgo Improcedente a autuação.

Quanto a multa aplicada, esclareço que a penalidade aplicada no presente Auto de Infração é a legalmente prevista para a irregularidade apurada, e como já mencionado pela JJF, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade ou não aplicabilidade da legislação estadual, nos termos do inciso I, art. 167 do RPAF-BA/99.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, conforme o demonstrativo abaixo:

INFRAÇÕES	ICMS HISTÓRICO-JJF	ICMS HISTÓRICO-CJF
1	6.776.601,51	163.806,53
2	500.493,96	0,00
3	29.791,47	29.791,47
4	20.859,63	20.859,63
5	158.137,53	158.137,53
6	104.654,42	104.654,42
TOTAL	7.590.538,52	477.249,58

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado e modificar a Decisão recorrida para julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **142554.0009/12-8**, lavrado contra **TIGRE S.A. – TUBOS E CONEXÕES**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 477.249,58**, acrescido das multas 60% sobre R\$ 313.443,05, e de 100% sobre R\$163.806,53, previstas no art.42, incisos II, alíneas “e”, “f”, IV “j”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados o valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2024.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. PGE/PROFIS