



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
Contencioso Administrativo Tributário
Conselho de Recursos Tributários
2ª Câmara de Julgamento

Resolução Nº 385/2008

Sessão: 118ª Ordinária de 02 de Setembro de 2008

Processo Nº: 1/994/2007

Auto de Infração Nº: 1/200626738

Recorrente: Walter Marinho & Cia Ltda.

Recorrido: Célula de julgamento 1ª Instância

Relatora: Ana Maria Martins Timbó Holanda

EMENTA: ICMS - Falta de recolhimento do imposto (ICMS). Empresa industrial beneficiária de incentivo fiscal do Fundo de Desenvolvimento Industrial - FDI. Recurso voluntário conhecido e não provido. Afastada por unanimidade de votos a preliminar de anulação da decisão singular bem como o pedido de revisão pericial. Confirmada a Procedência da acusação fiscal, nos termos do parecer da Douta Procuradoria Geral do Estado. Decisão unânime. Empresa deixou de recolher parte do ICMS em decorrência de erro de cálculo na apuração do imposto, que resultou em indevida apropriação de incentivo fiscal do FDI. Infringência aos arts. 73, 74 e 874 do Decreto 24.569/96 combinados com o art. 2º, parágrafo 3º, do Decreto nº 27.206/2003; art. 3º, parágrafo 1º e art. 16 do Decreto nº 27.040/2003. Penalidade inserta no art. 123, I, "c" da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/2003.

RELATÓRIO:

A peça vestibular dos autos acusa o contribuinte de:

“Falta de recolhimento do imposto, no todo ou em parte inclusive o devido por substituição tributária, na forma e nos prazos regulamentares.”

“O contribuinte deixou de recolher no exercício de 2004 de ICMS o valor de R\$ 117.674,85, em virtude de erro nos cálculos de incentivo fiscal do FDI, quando da apuração, com apropriação indevida de incentivo fiscal do FDI que afetou o recolhimento do ICMS para menos e ocasionou falta de recolhi.” (sic)

Os auditores indicam os dispositivos infringidos, a penalidade aplicável ao fato e elaboram o demonstrativo do crédito tributário.

Na informação complementar, os agentes fiscais esclarecem que se trata de empresa industrial e comercial de produtos de vidro. Afirmando que após análise da documentação do contribuinte restou constatado a falta de recolhimento do ICMS haja vista que a legislação do FDI concede o benefício fiscal somente aos produtos de produção própria da empresa beneficiária. O ICMS gerado a partir das saídas de mercadorias adquiridas de terceiros ou que não foram beneficiadas na empresa beneficiária do FDI, não dá direito ao incentivo fiscal, não podendo compor a parcela dos 75% de ICMS contemplado com o benefício do FDI (diferimento).

Afirmam, ainda, que o levantamento foi realizado conforme notas fiscais de saídas, livro registro de saídas de mercadorias e livro registro de apuração do ICMS, tudo em conformidade com a indicação do código fiscal de operação e prestação (CFOP) indicado pela empresa quando do lançamento de suas operações nos documentos mencionados.

Esclarecem os autuantes que, o levantamento tomou por base as mercadorias e bens adquiridos de terceiros e os de produção própria. Encontrados os valores das saídas tributadas de cada situação fiscal. Dividiu-se esse valor pelo total das saídas tributadas no mês encontrando-se os índices de cada situação, isto é, das saídas com produtos adquiridos de terceiros e das saídas de produção própria.

Apurado o saldo devedor do ICMS, aplicou-se o índice referente às saídas com produtos adquiridos de terceiros, encontrando, assim, o débito do ICMS sem direito ao incentivo fiscal, denominado no levantamento como parcela não dedutível.

A mesma regra foi aplicada para as saídas de produção própria, apurando-se o índice para esta situação que aplicado sobre o saldo devedor, encontrou-se o débito do ICMS que dá direito ao incentivo fiscal, denominado no levantamento de parcela dedutível. Sobre essa parcela dedutível é que foi aplicado o abatimento de 75% (setenta e cinco por cento) de ICMS do FDI, e a parcela de 25% (vinte cinco por cento) a ser recolhida juntamente com a parte do ICMS não dedutível.

Ao proceder a inclusão do ICMS sobre as vendas de produtos e/ou mercadorias adquiridas de terceiros para compor parte dos 75% (setenta e cinco por cento) de ICMS que dá direito ao incentivo fiscal, usou critério diverso e que não se encontrava previsto na legislação de regência.

Os relatórios resultantes do levantamento fiscal mostram, mês a mês, as operações de saídas de produção própria e adquiridos de terceiros, saídas de produtos isentos ou não tributados, os índices, os cálculos, a apuração do ICMS, bem como a diferença encontrada referente a falta de recolhimento de ICMS.

Os auditores anexam aos autos os documentos que serviram de base a ação fiscal.

Tempestivamente a empresa autuada apresenta impugnação ao feito fiscal, alegando em síntese:

- a empresa discorda da forma de apuração indicada nas planilhas por entender que os fatos não ocorreram na forma relatada no auto de infração;

- a empresa realiza atividades industriais e comerciais com vidro;

- o processo industrial ocorre nos termos da legislação que regulamenta o IPI, em que a atividade de transformação de “chapas de vidro” e “varas de alumínio”, entre outros produtos, constituem industrialização;

- o parque industrial da empresa possui galpão, forno e maquinário específico na execução das atividades de indústria, oportunidade em que anexa relação dos produtos industrializados produzidos;

- a correta verificação para o caso, com cada tipo de material, com razoável aplicação da técnica fiscal de sistema de levantamento de estoque – SLE, com verificação das compras do exercício (bem como os estoques), seria observada uma compatibilidade na aquisição de matérias primas destinadas ao processo de industrialização. Pugna pela realização de perícia com elaboração de SLE com observância de percentual de perda relativo à quebra do vidro.

- o CONAT tem decidido pela improcedência de ações fiscais em que o autuante, apesar de dispor dos dados, deixa de elaborar levantamento quantitativo de mercadoria.

~~- repisa no pedido de realização de perícia a ser realizada com acompanhamento de assistente técnico.~~

- ao final e diante das razões acima alinhadas, requer a improcedência do auto de infração em causa.

Às fls. 448/510 encontram-se cópias de documentos juntados pela impugnante.

Na Instância Singular o feito fiscal foi julgado Procedente com o indeferimento da revisão pericial solicitada pela impugnante. O douto julgador fundamentou a questão, afirmando em seu decisório que não houve nenhuma indicação precisa feita pela defendente no sentido de apontar equívocos que porventura tivessem sido cometidos pelos autuantes.

Às fls. 523/539, repousa a peça recursal do contribuinte, alegando, em síntese, as seguintes razões:

- a empresa adquire matérias primas (chapas de vidro ou perfis de alumínio) as quais são submetidas a um processo de industrialização;

- as saídas, preponderantemente, são de “vidros laminados”, “vidros curvos”, “móveis de vidro”, “esquadrias de alumínio”, massa para fixação do vidro, “vidraças já com as esquadrias e borrachas”, “box para banheiros;

- para a criação destes produtos, ocorre o processo industrial, tal como qualificado na legislação do IPI como “industrialização”;

- ocorrendo a industrialização, tem-se a operação de Produção Própria, o que justifica inclusão do saldo devedor do ICMS conforme as regras do FDI;

- a elaboração de um SLE seria necessária para fins de identificação das quantidades de saídas e valores destes produtos industrializados;

- assim procedendo, poderia haver certificação da ocorrência, ou não, de indevida utilização do FDI para incluir o benefício fiscal quanto ao saldo devedor de ICMS nas saídas de revenda de bens;

A empresa reitera a sua negativa quanto a acusação contida na inicial e pugna pela reforma do julgamento singular, face a negativa de perícia formulada na defesa. Colaciona diversas decisões do CONAT relacionados com realização de perícia.

Ao final do arrazoadado, requer: 1) o recebimento do recurso, mantendo a suspensão da exigibilidade do crédito, enquanto estiver sob julgamento perante o E. Conselho; 2) a realização da perícia nos termos propostos; 3) a improcedência do auto de infração, tendo em vista que as saídas de produtos sujeitos à industrialização são compatíveis com os dados informados pela empresa.

A Consultoria Tributária, em parecer referendado pela douta Procuradoria Geral do Estado, opina pela procedência da acusação fiscal.

É o Relatório.

VOTO DA RELATORA:

A questão tratada nos autos presentes refere-se a falta de recolhimento do ICMS decorrente de erro nos cálculos de apuração do valor do ICMS, resultando em indevida apropriação do incentivo fiscal pertinente ao Fundo de Desenvolvimento Industrial - FDI, durante o exercício de 2004.

Inicialmente convém estabelecer algumas premissas acerca do programa governamental de incentivo às indústrias cearenses, denominado de Fundo de Desenvolvimento Industrial - FDI.

O Fundo de Desenvolvimento Industrial - FDI foi criado através da Lei 10.367 de 07/12/79, com o objetivo de promover o desenvolvimento das atividades industriais em todo o território do Estado do Ceará.

A política industrial no Ceará, apoiada no FDI como instrumento de atração e captação de investimentos industriais, com o objetivo de criar elos e cadeias produtivas, priorizando a formação de aglomerados industriais, favorecendo, assim, o desenvolvimento do Estado.

A legislação que regulamentou o Fundo de Desenvolvimento Industrial - FDI, estabeleceu condições para o uso do benefício. Somente os produtos de produção própria da empresa beneficiária poderiam gozar do incentivo fiscal, conforme dispôs o art. 2º e parágrafo 3º do Decreto 27.206/03, art. 3º § 1º e art. 16 do Decreto nº 27.040/03 conforme se vê em leitura:

Art. 2º O contribuinte do ICMS beneficiário do PROVIN/FDI, por ocasião da apuração mensal, deverá deduzir do saldo devedor apurado, o valor correspondente ao que seria o da parcela do empréstimo financeiro, nos moldes do contrato de mútuo firmado com o agente financeiro.

§ 3º. O valor do ICMS diferido corresponderá ao imposto relativo às operações da produção própria do contribuinte e terá como limite o percentual estabelecido em resolução do Conselho Estadual de Desenvolvimento Industrial - CEDIN.

Já o parágrafo 1º do art. 3º e art. 16 do Decreto nº 27.040/03, assim dispõem:

“Art.3º. O Conselho Estadual de Desenvolvimento Industrial do Ceará - CEDIN, concederá às empresas e cooperativas, ambas industriais, consideradas de fundamental interesse para o desenvolvimento econômico do Estado, incentivos para implantação, ampliação, diversificação e recuperação de estabelecimentos industriais, na forma definida neste Decreto.”

“§1º. Sem prejuízo de outras exigências formuladas pelo Conselho Estadual de Desenvolvimento Industrial - CEDIN, somente serão concedidos incentivos de ampliação nos casos de projetos previamente submetidos à análise do Banco do Estado do Ceará S.A. - BEC ou de outro agente financeiro oficial indicado por ato do Poder Executivo, e que objetivem um incremento de no mínimo de 50% (cinquenta inteiros por cento) da produção média da empresa dos últimos dois anos, devendo o financiamento ser calculado sobre o ICMS próprio a ser recolhido e sobre o excedente resultante da ampliação, aplicando-se o percentual de incentivo resultante, tomando-se por base a pontuação auferida pela empresa, na forma do Anexo Único deste Decreto.”

“Art. 16. O percentual de financiamento, tendo por base o ICMS próprio gerado pela empresa beneficiária, na forma prevista na legislação de regência do Fundo de Desenvolvimento Industrial do Estado do Ceará - FDI, não poderá ultrapassar 75% (setenta e cinco inteiros por cento),

com retorno do principal e encargos de até 25% (vinte e cinco inteiros por cento).”

Convém ressaltar, no caso presente, que todo o procedimento fiscal de auditoria realizado pelos agentes fiscais, foi com base nas operações efetuadas e registradas pela empresa autuada. A partir do CFOP, os autuantes identificaram as operações com produtos de produção própria, amparadas com o benefício fiscal, e os adquiridos de terceiros, sujeitos ao regime normal de recolhimento.

A análise desses dados demonstrou que parcela das operações com produtos adquiridos de terceiros conforme registros efetuados pela empresa recorrente, compuseram o percentual amparado pelo benefício fiscal, resultando assim em falta de recolhimento do imposto (ICMS).

Por ocasião da sustentação oral, o advogado da recorrente, Dr. Rafael Souza, repisou a informação de que teria havido equívoco da empresa quando da indicação do CFOP. Alegou que operações realizadas com produtos de produção própria indicaram o CFOP de forma equivocada, apontando saída com mercadorias adquiridos de terceiros. Daí, o surgimento da diferença encontrada pela fiscalização estadual. Com base nesse argumento solicitou que fosse realizada uma perícia nos moldes do SLE, para que fossem identificados todos os produtos adquiridos de terceiros, estoques e matéria prima destinada ao processo industrial, comprovando assim o equívoco da recorrente.

A minha manifestação, durante os debates foi de rejeitar a sugestão da parte, haja vista o SLE constituir-se em técnica fiscal, não podendo ser aplicada como parte de outro levantamento. O procedimento fiscal realizado pelos auditores no caso em apreço não é compatível com o SLE. Repito, são procedimentos diferenciados e que não podem ser aplicados conjuntamente.

Entendo que essas considerações trazidas a julgamento pelo advogado da recorrente, deveriam ter sido tratadas antes da lavratura do auto de infração, haja vista constar na informação complementar esclarecimento dos autuantes de que solicitaram da empresa auditada justificativa e demonstrativo dos cálculos do FDI, sem, no entanto, ter havido qualquer manifestação até o encerramento da ação fiscal.

Quanto ao pedido de anulação do julgamento monocrático sob o pálio de que a autoridade julgadora indeferiu o pedido para revisão pericial, é oportuno esclarecer que o julgador singular não está obrigado a atender pedido da parte se entender desnecessário. Foi o que ocorreu.

O art. 37 da Lei n° 12.732/97 assim determina:

“Art. 37. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente o seu convencimento, podendo determinar as diligências que entender necessárias”.

Com efeito, têm razão os auditores quando afirmaram que a inclusão do ICMS sobre as vendas de produtos e/ou mercadorias adquiridas de terceiros para compor parte dos 75% (setenta e cinco por cento) de ICMS que dá direito ao incentivo fiscal, a empresa usou critério diverso do que prevê a legislação de regência. Na verdade, o imposto corretamente apurado pela auditoria fiscal refere-se ao ICMS incidente sobre as saídas dos produtos adquiridos de terceiros acrescido do percentual de 25% da parcela do FDI.

A análise do demonstrativo apuração do ICMS constante às fls.13/24 dos autos, em visualização e exame da coluna elaborada pela auditoria e a apurada pelo contribuinte, observa-se a diferença de imposto que deixou de ser recolhido

pela empresa, fato esse que confirma a procedência da acusação fiscal.

A vista do exposto, conheço o Recurso Voluntário nego-lhe provimento e voto pelo afastamento da anulação da decisão singular bem como o pedido de realização de perícia confirmando a PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO FISCAL, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral do Estado.

É o voto.

DEMONSTRATIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

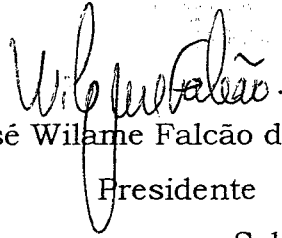
ICMS.....	R\$ 117.674,85
MULTA.....	<u>R\$ 117.674,85</u>
TOTAL.....	R\$ 235.349,70

DECISÃO:

Vistos, discutidos e examinados os presentes autos, em que é recorrente Walter Marinho & Cia Ltda., e recorrido Célula de Julgamento de 1ª Instância.

A 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Tributários, já tendo por unanimidade de votos conhecido do recurso voluntário, resolve: **1º: Em relação a preliminar de nulidade do julgamento singular, sob a alegação de indeferimento do pedido de perícia formulado na impugnação:** rejeitada por unanimidade de votos, uma vez que consta da decisão singular a fundamentação pelo não acatamento do pedido de perícia; **2º: Em relação ao pedido de perícia constante do recurso voluntário:** afastado, por unanimidade de votos, uma vez que não foram evidenciados erros no levantamento fiscal e nenhuma prova concreta foi apresentada de modo a justificar a realização de trabalho pericial requerido. Os Conselheiros Ana Maria Martins Timbó Holanda, Pedro Eleutério Albuquerque, José Moreira Sobrinho e Marcos Antonio Brasil ressaltaram ainda, a inviabilidade da realização da perícia nos termos dos quesitos propostos pela empresa autuada. A indicação do CFOP é de responsabilidade da empresa. Alegar equívoco na indicação do CFOP mas não comprova-lo, não tem o condão de mudar o rumo da autuação. **3º: Em relação ao mérito:** por unanimidade de votos, negar provimento aos recursos interpostos para confirmar a decisão **condenatória** proferida em 1ª Instância, nos termos do voto do Conselheiro Relator e de acordo com o Parecer da Consultoria Tributária, referendado pelo representante da douda Procuradoria Geral do Estado. Esteve presente para sustentação oral do recurso voluntário o representante legal da autuada, Dr. Rafael Souza. Atendendo a solicitação desta Câmara, estiveram presentes para prestar esclarecimentos técnicos, os Auditores Fiscais Francisco Aloísio Leitão e Delcilândia Lopes Aguiar.

SALA DAS SESSÕES DA 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO DO CONSELHO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS, em Fortaleza, aos 14 de Outubro de 2.008.


José Wilame Falcão de Sousa

Presidente

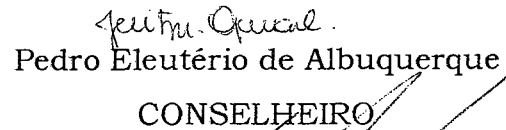


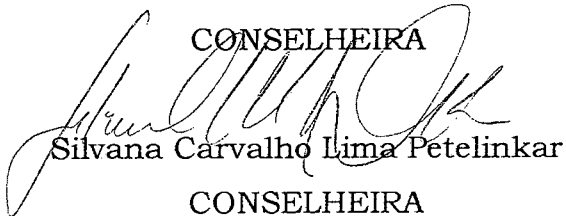
Alexandre Mendes de Sousa
CONSELHEIRO

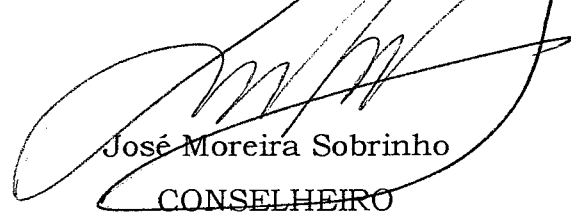
Sebastião Almeida Araújo
CONSELHEIRO

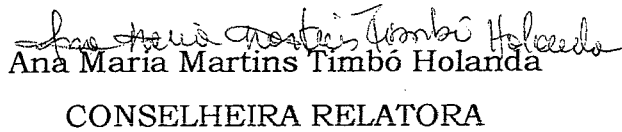

Sandra Maria Tavares Menezes de Castro

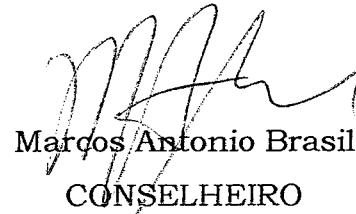
CONSELHEIRA

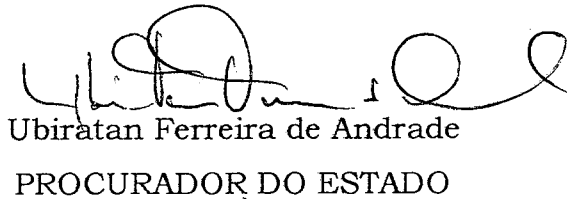

Pedro Eleutério de Albuquerque
CONSELHEIRO


Silvana Carvalho Lima Petelinkar
CONSELHEIRA


José Moreira Sobrinho
CONSELHEIRO


Ana Maria Martins Timbó Holanda
CONSELHEIRA RELATORA


Marcos Antonio Brasil
CONSELHEIRO


Ubiratan Ferreira de Andrade
PROCURADOR DO ESTADO