

A. I. N° - 232845.0027/07-4
AUTUADO - BUNGE ALIMENTOS S/A
AUTUANTE - VIRGILIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 05/09/2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0208-02/08

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO DA BAHIA - DESENVOLVE. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. **b)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Comprovada a ocorrência de recolhimento de ICMS a menos em virtude de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo e na determinação do valor da base de cálculo. Mantido o lançamento. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/06/2007, para constituir o crédito tributário no valor R\$2.327.715,33, em razão de:

1- Recolheu a menos ICMS, no valor R\$760.877,08, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve.

2- Recolheu a menos ICMS, no valor R\$1.566.838,25, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O autuado apresentou defesa, fls. 196/206, impugnando o lançamento do crédito tributário, onde, preliminarmente requer a nulidade da autuação, alegando que há uma completa falta de informação do que efetivamente sejam os fatos motivadores do lançamento, dada a resumida descrição levada a efeito, bem como citou dispositivos nos quais inexistiu a especificação cabível, causando um trabalho de adivinhação que certamente não se aplica ao direito de ampla defesa e contraditório e ao instituto do lançamento/atividade plenamente vinculada.

Diz que seu argumento se justifica por uma simples razão: nos dois itens do Auto de Infração consta que a infração decorre do recolhimento a menos em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação (infração 01) e da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias (infração 02). Questiona, qual foi o erro detectado na determinação do valor da parcela sujeita ao “DESENVOLVE” e da base de cálculo do ICMS nas saídas?

Assevera que o autuante não deixa claro que tipo de infração cometeu o autuado. Nem mesmo os demonstrativos anexados contêm exatamente os valores que seriam incorretos ou uma descrição válida para ser verificada.

Registra que qualquer argumento produzido na defesa poderá deixar de atingir seu real objetivo, posto que construída sem se saber exatamente do que trata a descrição, dada a fragilidade da motivação e fundamentos legais do lançamento tributário.

Em relação ao enquadramento legal indicado no Auto de Infração, na infração 01, os artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/2002 e quanto a infração 02, o artigo 56 do RICMS/BA, todos possuem vários incisos alíneas e parágrafos, mas não constou especificamente a qual deles o autuante pretendeu fazer referência.

Diz que o equívoco do autuante, de forma geral, torna o auto nulo. Não ocorrendo a menção expressa dos fatos e procedimentos que o autuado desrespeitou, o autuante deixou de observar dois princípios constitucionais norteadores da administração pública, qual sejam, da “Legalidade e da Motivação”.

Ao tratar do mérito da autuação, destacou que, diante da flagrante ausência de detalhes que motivaram o lançamento, fragilizando os fatos correspondentes, a impugnante tentou, por adivinhação, coletar dados sobre a acusação, porém, sem segurança e sem certeza do que está se defendendo.

Salienta que o resultado da interpretação do item 01 do Auto de Infração refletirá diretamente no item 02, como consequência natural e lógica.

No tocante a infração 01, aduz que estranhamente o atuante, de forma aparente, tomou como parâmetro do lançamento a exclusão de operações tributadas que impactam o cálculo da parcela do “DESENVOLVE”, supostamente: a) entradas em transferência de mercadorias para comercialização; b) fretes de entrada e de saída (CIF); c) saídas de mercadorias comercializadas; d) diferença de alíquota sobre material de uso/consumo e e) diferencial de alíquota sobre ativo imobilizado.

No que se refere aos itens “a”, “c” e “e”, afirma que não considera tais operações no cálculo do “DESENVOLVE”, todavia, nem mesmo pode verificar o porquê da eventual existência deste aspecto apontado no lançamento, face a insuficiência de seus motivos, impeditivos da perfeita compreensão. Pelo que se tentou depreender do lançamento, apesar das incertezas das tentativas, os itens “b” e “d” é que representaram o maior impacto no Auto de Infração, e ainda mais o item “b”.

Argumenta que, inexplicavelmente, o autuante excluiu do cálculo do “DESENVOLVE”, os valores de ICMS relativos ao “frete” da aquisição de entrada dos materiais de uso/consumo utilizados no processo de industrialização e do “frete” na condição CIF da venda (saída) de suas mercadorias industrializadas, ou seja, aqueles produzidos pelo estabelecimento inserido no contexto do programa. Diz que não é o que se verifica do previsto no artigo 3º do Decreto nº 8.2045/2002, que assim dispõe: Art. 3º - O Conselho de Deliberativo do “DESENVOLVE” poderá conceder 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. Conclui que não há como se excluir do cálculo do “DESENVOLVE” as operações próprias geradas em decorrência das operações próprias do estabelecimento autuado. Com efeito, diferencial de alíquota do material de uso e consumo são empregados no processo de industrialização, tal situação, se aplica de forma mais evidente no frete na condição CIF, posto que este integra o preço final da mercadoria, base de cálculo para o ICMS correspondente nos termos do artigo 54, inciso I, “b” do RICMS.

Salienta que não está esclarecido e explicitado o fundamento, sequer as razões fáticas que levaram o autuante a desconsiderar no cálculo do suposto ICMS não recolhido os créditos do imposto registrados nos seus livros fiscais, suficientes que são para compensar como o débito apontado no lançamento, ainda que improcedente no entendimento do autuando. Para que o lançamento fosse levado adiante, necessariamente deveria ter sido observado o crédito existente, a fim de compensá-lo com o débito apurado, recompondo-se a conta gráfica, para somente a partir daí, exaurido o crédito, indicar recolhimento a menos, sob pena de violação do princípio da não cumulatividade.

No que se refere a multa, o próprio STF já rechaçou a aplicação de multa nesse percentual, caracterizando claramente confisco vedado pelo CF/88.

Ao finalizar, requer a nulidade ou improcedência da autuação.

Ao prestar a informação fiscal, folhas 214 a 219, o autuante frisa que a Legislação que instituiu o “DESENVOLVE” é bastante clara quanto à determinação do modo de apuração e de recolhimento do ICMS, quer da parte incentivada, dilatada, ou seja, da que resultou dos investimentos incentivados pelo programa, quer da parte normal, ou seja, das demais atividades da empresa não ligadas à produção e/ou industrialização não alcançada pelo mesmo,

Prosseguindo, transcreveu os artigos 1º, 5º, inciso I, II e seu Parágrafo único e o artigo 3º e o § 2º do artigo 5º, do Regulamento do Programa.

Ressalta que o autuado ao aderir ao programa o fez com pleno conhecimento da legislação, ou seja, conhecendo os benefícios concedidos e as obrigações de fazer ao participar do mesmo. O autuado agora, por descumprir o que estabelece a legislação quanto à forma de apuração do ICMS, alega falta de clareza na determinação da irregularidade.

Assevera que o autuado estava promovendo a dilação do ICMS que não correspondia às atividades contempladas pelo programa, daí os expurgos efetuados nas planilhas constantes no Auto de Infração em tela.

Destaca que o autuado, em nenhum momento, questiona os cálculos apresentados, apenas alega falta de clareza na determinação das infrações e o caráter de confisco das multas aplicadas.

Argumenta que o programa estabeleceu regras para a fruição de seus benefícios, entre as quais a de apurar o ICMS da parcela compreendida com os seus objetivos. No caso presente, consciente ou inconscientemente, o autuado errou na determinação do ICMS que faz jus ao benefício constante do “DESENVOLVE” não segregando deste o ICMS normal, ou seja, o não contemplado pelo programa.

Salienta que a justificativa apresentada na defesa de falta de informação não prospera, anexando diversas correspondências entre o autuante e o autuado comprovando que o desenvolvimento dos trabalhos foi realizado com o conhecimento e participação da empresa, inclusive com o autuante aceitando expurgar das planilhas o componente GLP utilizado na produção que constava na planilha anteriormente apresentada ao autuado.

Ao final opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em diligência a INFAZ DE ORIGEM para que fosse entregue cópia da informação fiscal e dos documentos acostados pelo autuante, fls. 214/225, reabrindo o prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

Em nova manifestação defensiva, fls. 234/237, após receber cópia dos documentos determinados pela diligência, o autuado frisa que o autuante na informação fiscal transcreve dispositivos que tão-somente reafirmam os argumentos de impugnante e, de outro lado, insiste no cometimento da infração, sem que em momento algum tenha efetivamente dado detalhes do que provocou tais erros. Aduz que possivelmente por duas razões: 1- porque reconhece tacitamente que deles não constaram a motivação do lançamento, e pretendeu não fragilizar seus argumentos, trazendo estes fatos neste momento e 2- porque realmente os aspectos de fato considerados não são suficientes para procedência do lançamento, de forma que não caberia relacioná-los.

Salienta que o autuante torna-se repetitivo quanto ao suposto descumprimento, mas não atribui nenhuma razão específica ao mesmo, por exemplo: Que tipo de procedimento não está condizente com a legislação invocada? Que tipo de parcela alheia à atividade beneficiada pelo Programa Desenvolve não foi segregada da apuração do ICMS? Que tipo de operação?

Apenas insiste de “não tem o que esclarecer” e, sendo assim, igualmente também não há como se manter procedente o lançamento que não necessita esclarecimentos, posto que é inerente à atividade plenamente vinculada, nos termos do artigo 142 do CTN. O fiscal se limitou a manter sua posição de omitir, tal como na motivação do auto de Infração, os reais aspectos que ampararam a exigência questionada, impedindo efetivamente qualquer chance de defesa da impugnante, postura obscura e incomum.

Quanto ao não questionamento dos cálculos apresentados pela impugnante, a única resposta cabível é que não é possível impugnar algo sem conhecer como e com quais critérios foi elaborado, inclusive como foi obtida a diferença alegada, aduz que tal falha não pode ser suprida sob alegação de que durante o trabalho de fiscalização houve troca de correspondências ou informação no desenrolar do mesmo.

Ressalta que, como afirmou em sua defesa, seus argumentos foram construídos às cegas, sem a mínima certeza do realmente pretendeu o fiscal, reiterando os questionamentos em relação a qual o procedimento que está em desacordo com a legislação? E, qual atividade não corresponde ao benefício do Desenvolve, motivando sua segregação dos cálculos da dilação do ICMS?

Assevera que agiu estritamente de acordo com a legislação que rege o Programa DESENVOLVE.

Ao final, requer a improcedência da autuação.

Em nova informação fiscal, fls.256/260, o autuante inicialmente transcreve as infrações e reitera que a legislação que instituiu o DEZENVOLVE é clara quanto à determinação do modo de apuração e de recolhimento do ICMS, quer da parte incentivada, dilatada, ou seja, de que resultou dos investimentos incentivados pelo Programa, quer da parte normal, ou seja, das demais atividades da Empresa não ligadas à produção e/ou industrialização não alcançadas pelo Desenvolve.

Frisa que os artigos 1º e 5º, incisos I e II, juntamente como Parágrafo único e o Regulamento do Programa Desenvolve as Seção II – “Da Dilação do Prazo”, fls. 215/216 dos autos, deixa claro como o contribuinte deve observar os procedimento para fins de apuração e recolhimento do ICMS.

Entende que não cabe a alegação de desconhecimento de como funciona a apuração do ICMS, pois através das Resoluções nº 8.534/02 e 8.967/03 aderiu ao Programa Desenvolve e o fez com pleno conhecimento da legislação, ou seja, conhecendo os benefícios concedidos e as obrigações de fazer ao participar do mesmo.

Reitera mais uma vez as imputações e que não houve questionamento em relação aos cálculos.

Ao final, opina pela procedência da autuação.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir ICMS decorrente de 02 (duas) infrações.

Na infração 01 é imputado ao autuado o recolhimento a menos ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve.

Na infração 02 é imputado recolhimento a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade das multas aplicadas nas infrações, por entender o autuado que tem efeito confiscatório, 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. Devo ressaltar que o autuante indicou corretamente as multas previstas

para as infrações 01 e 02, no percentual de 60%, previstas no art. 42, II, alínea “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96.

Em sua defesa, com preliminar, o impugnante arguiu a nulidade do Auto de Infração, alegando que há uma completa falta de informação do que efetivamente sejam os fatos motivadores dos lançamentos, dada a resumida descrição levada a efeito, bem como citou dispositivos nos quais inexistiu a especificação cabível, causando um trabalho de adivinhação que certamente não se aplica ao direito de ampla defesa e contraditório e ao instituto do lançamento/atividade plenamente vinculada.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista as razões que passo a expor.

Em relação a descrição dos fatos devo ressaltar que o Auto de Infração em tela foi lavrado mediante sistema informatizada da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, no qual tais descrições foram previamente definidas pela própria Secretaria, para os fatos apurados.

Observo que as infrações foram embasadas nos papéis de trabalho acostados às folhas 09 a 15 dos autos tendo ainda o autuante acostados às 16 a 188, cópia do livro de Registro de Apuração do ICMS do contribuinte autuado, origem dos dados lançados nas planilhas que dão suporte as infrações 01 e 02.

Constanei que nos papéis de trabalho acima indicados, o autuante demonstra quais as operações que não estão beneficiadas pelo programa, inclusive indicando os CFOP de cada operação com seus respectivos valores, como por exemplo: “CFOP 5102 – Vendas adquiridas de Terc.”; “CFOP 6102 – Vendas adquiridas de Terc.”; “CFOP 6556 – Devolução de uso e consumo” etc. Nas referidas planilhas (papéis de trabalho da auditoria tributária realizada pelo auditor), a título de exemplo, no mês de Agosto de 2004, fls. 09, consta a apuração das diferenças decorrentes do recolhimento a menos, seja em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo (infração 01, no valor de R\$22.541,81), seja em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas (Infração 02 no valor de R\$75.138,71).

Como bem ressaltou o auditor autuante, quando da informação fiscal, a alegação apresentada pela defesa de falta de informação dos motivos da autuação não pode ser acolhido, uma vez que, conforme cópias acostadas aos autos, fls. 220 a 225, diversas correspondências foram trocadas entre o autuante e o autuado, comprovando que o desenvolvimento dos trabalhos foi realizado com o conhecimento e participação da empresa, inclusive com o autuante aceitando expurgar das planilhas o componente GLP, fl. 224, utilizado na produção que constava na planilha anteriormente apresentada ao autuado, tais correspondências, por determinação de diligência, foram entregue ao contribuinte juntamente com a informação fiscal, sendo reaberto o prazo defesa em 30 (trinta) dias.

No tocante ao enquadramento legal, o mesmo não merece nenhuma reparação.

No mérito, constei que a infrações foram embasadas nas planilhas acostado aos autos, cabe ressaltar que o Programa DESENVOLVE destinar-se a incentivar a industrialização, o crescimento e a expansão industrial, não contemplando outras atividades não ligadas a seu objetivo, tais, compra de mercadorias para venda, operações que foram excluída no levantamento fiscal, forme exemplos acima apontados quando tratei da preliminar de nulidade. Assim, o fato de uma empresa se enquadrar no referido programa de incentivo, não quer dizer que todas as suas operações encontram-se amparada pelo referido benefício fiscal. Como bem ressaltou o autuante, em sua informação fiscal, ao aderiu ao Programa Desenvolve o autuado o fez com pleno conhecimento da legislação, ou seja, conhecendo os benefícios concedidos e as obrigações de fazer ao participar do mesmo.

Logo, entendo que as infrações 01 e 02 restaram caracterizadas.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232845.0027/07-4**, lavrado contra **BUNGE ALIMENTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.327.715,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR