

A. I. N° - 207090.0002/13-3
AUTUADO - IPLASA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA.
AUTUANTE - EDMUNDO NEVES DA SILVA e MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 0304-03/13, de 03 de dezembro de 2013, exarado pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal deste Colegiado, conforme solicitação da Coordenação de Avaliação deste CONSEF, às fl. 657, para que seja corrigido na Resolução e no demonstrativo de débito, o percentual da multa referente à infração 1 conforme voto do relator, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99.

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0304-03/13A

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Na apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, devem ser excluídos todos os débitos mensais que não guardem relação com as saídas de produção do estabelecimento. **b)** PERDA DO BENEFÍCIO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Restou comprovado que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do imposto sem o cumprimento das condições previstas no Programa DESENVOLVE. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Infrações não impugnadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Retificada a multa da infração 01. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2013, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$721.337,75, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão do 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, nos meses de janeiro, março, abril, julho a dezembro de 2008. Valor do débito: R\$33.490,83. Multa de 100%.

De acordo com a descrição dos fatos, o autuado aderiu aos benefícios do Desenvolve. Refazendo a apuração do ICMS, segregando-se as operações, tanto de entradas quanto de saídas, não vinculadas ao projeto aprovado, assim como, apurando-se o ICMS devido nas operações vinculadas ao referido projeto, e abatendo-se o valor do ICMS recolhido, constatou-se recolhimento a menos nos meses de janeiro, março, abril e julho a dezembro de 2008.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa Desenvolve, nos meses de janeiro a abril e agosto a novembro de 2008. Valor do débito: R\$682.097,22. Multa de 60%.

Consta na descrição dos fatos que o autuado usufrui do Benefício Fiscal do DESENVOLVE, desde abril de 2006, conforme Resolução nº 29/2006, para produção de sacaria industrial, filmes contráteis, bobinas técnicas e laminados. Pelo Decreto nº 8.205/02, art. 18, a empresa habilitada ao Desenvolve que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. Assim procedeu o contribuinte em relação aos fatos geradores nos meses de janeiro a abril e agosto a novembro de 2008.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2008. Exigida a multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$4.740,69.

Infração 04: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2008. Exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$1.009,01.

O autuado apresentou impugnação às fls. 454 a 477 do PAF. Diz que a IPLASA é uma empresa idônea que atua no ramo de industrialização de plásticos (sacaria industrial, filmes contráteis, bobinas técnicas, laminados e etc.). Tem sede nesta Capital; sempre cumpriu com suas responsabilidades sociais e fiscais, apurando e pagando corretamente todos os seus haveres, dentre eles os tributos municipais, estaduais e federais.

Apresenta preliminar de nulidade alegando inobservância do devido processo legal, dizendo que os autuantes foram imprecisos ao apontar as infrações supostamente cometidas pelo autuado, pecando absurdamente no seu enquadramento nos dispositivos legais que arrolaram, incluídos os que desrespeitam a vigência e sua aplicação no tempo (infrações 01 e 02) e genericamente no que concernem às demais infrações imputadas (infração 03 e 04). Informa que os autuantes não forneceram a via do contribuinte do Termo de Encerramento/Auto de Infração e o livro Registro de Inventário que lhes foi entregue conforme documento (ANEXO 02) e os demonstrativos a que se referiram, em meio magnético, conforme determina o § 3º, art. 8º c/c o art. 28, § 4º, inciso II e art. 46 do RPAF, o que fulmina a sustentação do auto por cerceamento do direito de defesa.

Comenta sobre o princípio do contraditório, citando o art. 5º, inciso LV da Constituição Federal. Diz que o texto constitucional é categórico ao expressar o alcance do princípio para fora do âmbito processual civil. Que a bilateralidade passa a ser necessária não apenas para os procedimentos judiciais, mas também para os administrativos. Também comenta sobre o princípio da ampla defesa, e pergunta:

- a) Como a empresa vai exercer seu direito ao contraditório e a ampla defesa se os prepostos do fisco lhe imputaram fatos que não desrespeitou e que interpretaram equivocadamente a legislação que rege o Programa Desenvolve, aplicando dispositivos legais que não estavam em vigor à época dos acontecimentos (IN 27/2009, Parecer GETRI 15.307/10 e 8.873/10), bem como não devolveram o Livro de Inventário?
- b) Como se defender da imputação se os demonstrativos em papel, apensos ao processo não representam a verdade dos fatos?
- c) Como impugnar uma ação quando os prepostos do fisco não põem em discussão antes da materialização do auto de infração, as razões que os levaram à medida extrema e não apresentaram todos os papéis do trabalho realizado?
- d) Têm os prepostos do fisco o direito de desrespeitar a legislação e não entregar à empresa, em meio magnético os levantamentos realizados?

O defendente salienta que o RPAF/BA é claro quando se reporta ao ato processual em questão. Transcreve os arts. 8º, 28 e 46 do mencionado Regulamento e afirma que o AI é nulo ao teor do artigo 18, inciso II, do RPAF, por representar ato administrativo praticado com preterição do direito de defesa.

O defendente afirma que ao fundamentar a ação fiscal os autuantes se lastrearam na Instrução Normativa nº 27/09, que somente produziu seu efeitos a partir de 03 de junho de 2009, cuja aplicabilidade somente se efetivaria no próximo período de apuração do ICMS (normal e incentivado), ou seja, no mês 07/2009. Sendo assim, entende que os autuantes não poderiam utilizá-la para imputar “*falta de recolhimento de ICMS*” – que não ocorreu - de forma retroativa (2008). Diz que o art. 150, inciso III, alínea “a”, da Carta Magna, prevê a proibição à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de cobrar tributos em razão a fatos geradores ocorridos antes do inicio da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. É a confirmação da irretroatividade das leis, manifestada também na seara tributária. Salienta que é imprescindível o manto protetor deste princípio ao contribuinte, que lhe assegure a estabilidade em face do fisco, uma vez que este não poderá, através de uma nova norma, alcançar fatos geradores tornando-os vigentes no passado.

Também entende que é inaplicável da forma como o fizeram os prepostos, o artigo 18 do Regulamento do DESENVOLVE (Decreto 8.205/2002), afirmando que não houve falta de recolhimento da parcela de ICMS não sujeita a dilação de prazo. Diz que a nulidade do presente auto de infração é inquestionável, pelos fatos apontados, relativamente à interpretação pelo Fisco do Regulamento do DESENVOLVE, à utilização de instrução normativa sem respeitar a vigência e aplicação da legislação no tempo, enquadramento da empresa em supostas infrações genéricas e imprecisas e não devolução do livro de Inventário.

Acrescenta aos demais, outro caso de nulidade, constatando sanção aplicada pela fiscalização sem amparo legal, ou seja, a decretação da perda do direito ao incentivo patrocinado pelo Programa Desenvolve, prerrogativa de competência exclusiva do Conselho Deliberativo que o concede via Resolução. Arremata dizendo: “Se os autuantes não têm competência/poder para impor a perda ou cancelar o benefício fiscal obtido pela empresa, é nulo o ato que praticaram conforme está consubstanciado no já citado artigo 18, inciso I, do RPAF/99”. Cita o ACÓRDÃO CJF Nº 0351-12/08, transcrevendo a ementa.

O defendente afirma que o art. 18 do Dec. 8.205/2002 extrapola a inteligência da Lei 7.980/01, ao determinar sem a clareza necessária, a perda do direito à parcela incentivada, independente de ser ou não através da aprovação do Conselho do Desenvolve. Diz que não há previsão legal para perda do benefício, apenas de cancelamento da autorização para o uso, na forma do art. 9º da citada Lei, e que não cometeu crime contra a ordem tributária nem deixou de cumprir as exigências para habilitação do estabelecimento ao Programa.

Sobre a infração 02, contesta a multa aplicada, perguntando: se não há dolo em uma infração que repercute em outra reciprocamente, como uma é fraudulenta e a outra não? Entende que o Fisco tenta confundir a empresa dificultando o contraditório e a ampla defesa, intenção materializada ao lavrarem 02(dois) autos de infração na mesma data (207090.0002/13-3 e 207090.0003/13-0) em 27/03/2013, sobre a mesma matéria.

No mérito, alega que, se ultrapassada a análise das preliminares de nulidade argüidas, é forçoso estabelecer, inicialmente, no que se refere às supostas infrações apontadas, que o impugnante, adotando uma postura de quem quer buscar a verdade dos fatos eliminou com o recolhimento (infrações 03 e 04) o que poderia atrapalhar e/ou retardar as discussões neste PAF, reservando-se no direito de discutir os demais lançamentos do autuantes, as infrações 01 e 02.

Transcreve e analisa o art. 18 do Dec. 8.205/02, concluindo que aquele dispositivo não trata da perda do direito ao benefício, ou seja, à parcela incentivada, por recolhimento a menos e sim por falta de recolhimento da parcela não sujeita a dilação de prazo.

Diz que é perfeitamente compreensível que, mesmo que a norma infra legal excluísse a condição de recolhimento a menos para perda do benefício no mês, pois significaria que qualquer equívoco inexpressivo ou não no recolhimento da parcela não incentivada implicaria na perda total, no mesmo mês, do benefício da dilação de prazo. Que não há como argumentar que o recolhimento a menos é falta de recolhimento.

Também reproduz os arts. 8º, § 1º; 42, I, §§ 5º e 7º da Lei 7.014/96, além dos arts. 915, III e 938, III, “c” do RICMS/97, salientando que o CONSEF através de suas Juntas e Câmaras, nos julgamentos dos PAFs que apuram erros na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo, benefício fiscal concedido pelo Programa Desenvolve, tem mantido a cobrança do ICMS recolhido a menos em virtude dos equívocos no cálculo do incentivo, com a inclusão de valores não sujeitos a dilação de prazo. Contudo não penalizam a empresa com a perda do benefício em relação à parcela incentivada, ou seja, ratificou o entendimento dos autuantes ao exigir tão somente a diferença recolhida a menos em relação à parcela não incentivada. Cita o Acórdão CJF nº 0367-12/11, Acórdão JJF nº 0295-01/11, Acórdão JJF nº 112-02/11.

Diz que o art. 111 do CTN estabelece uma interpretação restritiva quando da análise de benefícios fiscais, e o Estado utiliza de forma inflexível o aludido disposto no CTN para repercutir as normas que tratam dos benefícios fiscais a ponto de, por atraso de um ou poucos dias no recolhimento do imposto da parcela não incentivada, entender como atendida a condição para a perda do benefício da parcela incentivada, contudo alargar a interpretação do artigo 18 do Decreto 8.205/02, para concluir que dentro da expressão não recolhimento se inclui recolhimento a menor(s) é sem dúvida, no mínimo, usar “*dois pesos para uma medida*”.

Entende que a especificação da forma interpretativa, literal ou restritiva, é exatamente para não haver possibilidade de se ampliar o alcance da norma, tanto por parte do administrador como do administrado e, no presente caso, o texto normativo é taxativo, quando condiciona a perda do benefício a falta de recolhimento e não a recolhimento a menos. Diz que a Instrução Normativa nº 27/09, indica a forma de apuração, passo a passo, inclusive o CFOP de cada operação a ser excluída do cálculo da parcela contemplada pelo benefício e com a mencionada Instrução Normativa não se alterou o art. 18 do Dec. 8205/02, o texto se mantém vigente, condicionando a perda do benefício da empresa que “exclusivamente” não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo.

Afirma que a perda do benefício por recolhimento a menos não guarda qualquer razoabilidade e a legislação expressamente não prevê tal absurdo. Conjugar uma legislação, reconhecida pela administração como imprecisa (IN 27/09) a uma norma sancionadora de recolhimento a menos, “*um pouco menos ou um pouco mais*”, seria se estabelecer o caos com a completa insegurança jurídica. Sem pretender adentrar nos aspectos legais da IN, o defendant alega que se percebe que esta IN se respalda em um sistema de ajuste do saldo devedor do ICMS incentivado, mediante o expurgo dos valores decorrentes de operações nela mencionadas, “inovando” ao pretender estabelecer regras para obter um saldo devedor ajustado, após quase nove anos de vigência do Programa Desenvolve. Comenta sobre o referido Programa Desenvolve e diz que a IN 27/2009 não foi elaborada com a intenção de produzir seus efeitos sobre fatos pretéritos, não podendo regular ocorrências anteriores à sua existência, no mundo jurídico. Entende que estão excluídos de seu alcance, os fatos geradores ocorridos em junho de 2009 e os anteriores a essa data. Diz que a referida Instrução não previu que o seu regramento alcançasse fatos anteriores, se o fizesse incorreria em crasso erro. A interpretação dos autuantes é inaceitável ao aplicá-la a ocorrências que precederam junho de 2009, ferindo os princípios do Direito Tributário e desconsiderando as limitações do poder de tributar, previstas na Constituição Federal.

Comenta sobre os princípios da irretroatividade e anterioridade da lei e diz que no presente caso, a empresa utilizou a dilação autorizada nos termos da Resolução emanada do Conselho do Programa Desenvolve em conformidade com as normas legais vigentes à época, de modo que as alterações oriundas da IN não significam que esta deva alcançar os fatos pretéritos e já

consumados. Cita exemplos e diz que tão irrelevantes diferenças foram apontadas quando a IN 27/09, não existia. Que os autuantes arrolaram APARAS e OUTROS, como não passíveis de utilização do benefício do DESENVOLVE, mas as aparas são elementos reprocessados de sobras de plástico que são transformados em sacos com as mesmas especificações dos produzidos normalmente, conforme Laudo Técnico e amostras (Anexo 05 e 06).

Quanto a “OUTROS”, informa que se trata de CLICHÊS, que são utilizados para gravações nos sacos durante o processo produtivo, conforme novo demonstrativo elaborado pela empresa (anexo 06). Assegura que os dois elementos são integrantes das operações próprias da empresa, inseridos no contexto do projeto beneficiado pelo DESENVOLVE, não havendo porque expurgá-los dos cálculos do imposto incentivado. Informa que a ASTEC, manifestando-se através do PARECER 035/2010, espanca de uma vez por todas qualquer tentativa do fisco de extrapolar suas prerrogativas eliminando benefícios sobre produtos de operações próprias da empresa, afirmando: “... *Por isso a nosso ver, toda entrada de produtos na autuada que venha a ser integrado ou consumido no processo de industrialização fazem parte do projeto incentivado do DESENVOLVE. Do mesmo modo todas as operações de saídas... decorrentes de seu processo produtivo caracterizadas por operações próprias com destino ao próprio Estado da Bahia ou para outras Unidades da Federação, ou para o Exterior fazem parte também do projeto incentivado do DESENVOLVE*”.

Quanto à Infração 02 que repercute a Infração 01, entende que perde sua subsistência em face da fundamentação legal que apresentou, do PARECER 035/2010 da ASTEC e das regras do Projeto DESENVOLVE que tem por objetivo contemplar com o benefício fiscal as operações próprias do estabelecimento industrial, decorrentes do seu processo produtivo. Informa que elaborou planilha comparando o Levantamento Fiscal com o Detalhamento da Contestação (Anexo 07).

Por fim, o defensor requer a declaração de nulidade das infrações 01 e 02 do Auto de Infração e/ou que se determine a revisão fiscal por outro auditor para confirmar as alegações defensivas. Caso dessa forma não entenda esta JJJF, que decida pela improcedência do presente Auto de Infração.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 557 a 566 dos autos. Informam que o defensor efetuou o pagamento dos valores exigidos nas infrações 03 e 04, conforme Certificado de Crédito constante da fl. 549, complementando os valores com DAE e comprovante de pagamento às fls. 554 a 556.

Em relação à preliminar de nulidade, informam que nas fls. 01 e 04 deste PAF se encontram descritas todas as infrações, estando destacado que o contribuinte recebeu em cópia os levantamentos fiscais a que se referem as infrações correspondentes. Na fl. 14, também em destaque, consta ciência de preposto da empresa. Asseguram que todos os levantamentos foram entregues. Que se pode verificar na fl. 504 que se refere ao livro Registro de Inventário 2008. Que o autuado omitiu correspondência posterior, datada de 13/05/2013, informando o extravio do livro Registro de inventário 2008, ocorrido em suas dependências. Informam que será fornecida ao defensor cópia dos levantamentos fiscais em meio magnético das infrações 01 a 04, concedendo o prazo de dez dias para se manifestar sobre eles.

Quanto à irretroatividade da lei, alegada pelo defensor, relativamente à Instrução Normativa 27/2009, informam que a referida Instrução Normativa foi apenas um balizador utilizado pela fiscalização, servindo apenas para resguardar o contribuinte contra o cometimento de excessos e tornam todas as operações transparentes.. Dizem que também foram utilizados os Decretos 8205/05, 8413/02, 8405/03; a Lei 7.980/01; a Resolução nº 29/2006 e o Parecer Getri nº 8.873/10.

Esclarecem que o Desenvolve foi criado para beneficiar empresas que satisfizessem condições estipuladas pelo Governo, desenvolvendo atividades produtivas no Estado. Levando-se em conta o art. 111 do CTN, dizem que, da leitura da Resolução 29/2006, em comparação com as Notas Fiscais acostadas aos autos, se pode verificar:

- a) vendas de sucata/aparas (ocorridas em 2008);
- b) vendas de produtos de terceiros (ocorridas em 2008);
- c) vendas de clichê de impressão (ocorridas em 2008);
- d) operações de devolução de mercadoria adquirida para industrialização (ocorridas em 2008);
- e) aquisição e devolução de produtos de uso e consumo da empresa, com pagamento de diferença de alíquota (também do exercício de 2008);
- f) entendem não ter havido prejuízo para o contribuinte na utilização da Instrução Normativa 27/2009.

Quanto ao art. 18 da Lei 8.205/05, dizem que está relacionado ao exame da Infração 02. Informam que o defensor omitiu a existência de Denúncia Espontânea referente a fatos geradores do exercício de 2008 (fls. 16/17), sendo uma confissão de dívida em relação a valores ainda não recolhidos, ficando caracterizado que o autuado recolheu ICMS a menos, em razão da falta de recolhimento na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Desenvolve.

Informam que o texto da infração não é criado pelo preposto fiscal, e o programa Desenvolve não é um benefício incondicional, porque em seu regulamento existem mecanismos automáticos de exclusão, caso não sejam atendidas certas condições. Se não houve recolhimento integral do imposto relativo à parcela não-incentivada, no prazo regulamentar, a parcela incentivada perde o benefício da dilação do prazo de pagamento, é o caso da 2ª infração.

Dizem que cabe à fiscalização verificar se os procedimentos adotados pelos contribuintes atendem o que determina a legislação tributária e, caso se constate práticas adotadas que conflitem com as normas, é de competência dos Auditores Fiscais fazer o lançamento de ofício.

Em relação às multas das infrações 01 e 02 esclarecem que elas não são escolhidas pelos autuantes. Elas são consequência do enquadramento aplicável à espécie.

Também esclarecem que as infrações são distintas e o contribuinte está equivocado quando afirma que uma infração repercute na outra. A primeira infração é decorrente do exame em livros e documentos fiscais, constatando-se que o autuado utilizou o benefício fiscal sobre operações não beneficiadas. Na segunda infração, com base em duas denúncias espontâneas feitas no exercício de 2010, de valores devidos referentes ao Desenvolve do exercício de 2008, o contribuinte confessou que recolheu ICMS a menos que o devido.

Em seguida os autuantes informam como foram apurados os valores lançados nas infrações 01 e 02, contestam as alegações defensivas e dizem que o autuado não apresentou um único elemento impeditivo, modificativo ou extintivo das infrações.

O defensor foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 588 a 601. Reitera a alegação de que não recebeu cópia de todos os Levantamentos Fiscais “elaborados” pelo Fisco, fato reconhecido na informação fiscal. Diz que foi concedido o prazo de dez dias para a manifestação, contraponto aos 30 dias oferecidos pela legislação para Impugnação. Salienta que na apresentação da defesa já houve claramente o seu cerceamento quando recebeu 03 (três) autos de infração na mesma data, o que significa dizer que teve apenas 10 dias para preparar cada defesa. Diz que a legislação prevê 30 dias para impugnação de cada auto de infração. Sendo 30 dias para a defesa de cada auto, 03 (três) lavrados na mesma data não alcançam o objetivo da norma que é conceder o aludido prazo. Entende que neste caso, coube apenas 10 dias para cada um.

Além da questão relacionada ao prazo previsto no RPAF para apresentação de contestação, alega que não resta outro entendimento senão caracterizar o cerceamento do direito de defesa por questões de prazo; não entrega de livro e do meio magnético completo, porque os autuantes

disponibilizaram na informação fiscal sem conter, dentre outros elementos, o extrato da memória de cálculo de todas as apurações, imprescindível à análise dos valores lançados.

Também alega que os autuantes não disponibilizaram agora, em meio magnético, todos os levantamentos, não o fizeram antes procedendo da mesma forma para a impugnação quando também não forneceram nenhum elemento completo e, não devolveram o livro de Inventário, referente ao exercício de 2008 (conforme cópia do email).

O defendente afirma que os autuantes se preocuparam unicamente em lavrar este e os outros autos de infração, atribuindo ao defendente, valores de imposto absolutamente indevidos, desrespeitaram comezinhas regras regulamentares que consubstanciam o fornecimento de cópia das apurações inclusive em meio magnético, indispensável ao exame dos levantamentos fiscais e, ao pleno exercício do direito de defesa.

Transcreve o art. 8º, IV, § 3º do RPAF/BA, apresenta diversos questionamentos quanto às informações prestadas pelos autuantes e afirma que nenhum ato ou termo processual preenche a finalidade essencial se incompleto, quanto mais o ato administrativo do lançamento que é vinculado, exigindo o estrito cumprimento da legislação, para sua existência, validade e efetividade, como a lei prevê.

Quanto ao mérito, afirma que pretende provar que recolheu o ICMS corretamente e, de forma inadequada a fiscalização lavrou este e outros autos, todos na mesma data, envolvendo o mesmo prazo de defesa. Condena o fato de não entregarem os elementos indispensáveis à elaboração da impugnação, obrigando o defendente a se concentrar com maior veemência no pedido de nulidade.

Ressalta que não confessou qualquer parcela das infrações 01 ou 02. Que fez alguns cálculos dentro do possível, mas não esgotou o trabalho. Ratifica em todos os seus termos a impugnação a este PAF.

Reitera o pedido de nulidade do auto de infração, afirmando que está evidenciado o cerceamento do direito de defesa. Caso a pretensão não seja atendida, entende ser necessária a diligência por auditor estranho ao feito, para refazer os cálculos relativos às infrações 01 e 02, contemplando as incorreções apontadas não só na defesa, como na manifestação. Se assim não for entendido, que o auto seja julgado improcedente quanto às infrações 01 e 02.

Os autuantes prestaram nova informação fiscal às fls. 605/606, esclarecendo que foi concedido o prazo de dez dias para o contribuinte se manifestar. Foram fornecidas cópias em papel e arquivos magnéticos referentes às infrações, conforme intimação à fl. 584 e recibo de SEDEX à fl. 585.

Dizem que na manifestação apresentada, o defendente repete todos os argumentos já examinados na informação fiscal anteriormente prestada. Quanto à revisão fiscal solicitada, entendem que não foi demonstrada a necessidade ou utilidade de tal medida e o pedido deve ser indeferido nos termos do art. 145 do RPAF.

Concluem que ante a ausência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos das infrações autuadas, pedem a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O defendente apresentou preliminar de nulidade alegando inobservância do devido processo legal, dizendo que os autuantes foram imprecisos ao apontar as infrações cometidas pelo autuado, pecando absurdamente quanto ao enquadramento nos dispositivos legais que arrolaram.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e das multas aplicadas relativamente às irregularidades apuradas e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal. Ademais, da leitura da peça defensiva, constata-se que o

contribuinte entendeu perfeitamente a natureza de cada infração que lhe foi imputada bem como a base de cálculo do imposto lançado.

No que se refere à alegação de que houve equívoco no enquadramento legal, observo que não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O defensor também requereu a nulidade da autuação alegando que os autuantes não forneceram a via do contribuinte do Termo de Encerramento/Auto de Infração e o livro Registro de Inventário que lhes foi entregue e os demonstrativos a que se referiram, em meio magnético.

Em relação ao Termo de Encerramento/Auto de Infração, consta à fl. 04 recibo assinado por preposto do autuado atestando que recebeu a 3ª via do mencionado Termo/Auto de Infração, cujo teor tomou conhecimento. O autuado juntou à sua defesa cópia do referido Termo e dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, o que comprova o seu recebimento.

O defensor alegou que o fornecimento de cópia das apurações inclusive em meio magnético, indispensável ao exame dos levantamentos fiscais e, ao pleno exercício do direito de defesa. Os autuantes informaram que em atendimento aos argumentos defensivos foi fornecida ao defensor cópia dos levantamentos fiscais em meio magnético das infrações 01 a 04, concedendo o prazo de dez dias.

O defensor contestou o prazo concedido, após o recebimento dos levantamentos fiscais em meio magnético entendendo que deveria ter prazo de trinta dias para a sua manifestação. Entretanto, como não se trata de novos dados, considerando que os dados constantes no mencionado arquivo magnético constam nos demonstrativos impressos, não houve necessidade de reabertura do prazo de defesa, e os arquivos foram fornecidos para atender solicitação do impugnante.

O defensor afirma que ao fundamentar a ação fiscal os autuantes se lastream na Instrução Normativa nº 27/09, que somente produziu seus efeitos a partir de 03 de junho de 2009, cuja aplicabilidade somente se efetivaria no próximo período de apuração do ICMS (normal e incentivado), ou seja, no mês 07/2009. Diz que a nulidade do presente auto de infração é inquestionável, pelos fatos apontados, relativamente à interpretação pelo Fisco do Regulamento do DESENVOLVE, à utilização de instrução normativa sem respeitar a vigência e aplicação da legislação no tempo.

Na referida Instrução Normativa consta a orientação de como proceder para cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Orienta que o contribuinte deverá efetuar ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do Programa Desenvolve.

Como as Instruções Normativas não podem transpor, inovar ou modificar o texto da norma que complementam, não se pode afirmar que a mencionada Instrução Normativa, 27/09, criou novas regras para a situação em comento. Neste caso, podem ser aplicadas as orientações sem prejuízo para o contribuinte, inexistindo causa de nulidade da autuação.

Quanto ao argumento defensivo de que não houve devolução do livro Registro de Inventário, consta à fl. 60 dos autos, declaração assinada por preposto do autuado informando que foram devolvidos todos os livros e documentos arrecadados para fins de fiscalização, incluindo o Registro de Inventário de 2008.

Outro caso de nulidade apontado pelo defensor é quanto à sanção aplicada pela fiscalização, sendo alegado que, sem amparo legal, houve a decretação da perda do direito ao incentivo

patrocinado pelo Programa Desenvolve, prerrogativa de competência exclusiva do Conselho Deliberativo que o concede via Resolução. O defendant arremata dizendo: “Se os autuantes não têm competência/poder para impor a perda ou cancelar o benefício fiscal obtido pela empresa, é nulo o ato que praticaram” conforme está consubstanciado no já citado artigo 18, inciso I, do RPAF/99.

Não acato a alegação defensiva, haja vista que a exigência do imposto no presente Auto de Infração é decorrente da falta de preenchimento de condição para fruição do benefício fiscal sem que haja o seu cancelamento. Nos períodos seguintes, sendo preenchido o requisito regulamentar, inclusive, em relação ao recolhimento do imposto no prazo, o benefício volta a prevalecer e o contribuinte retoma o gozo do benefício.

O defendant também apresentou o entendimento de que o Fisco tenta confundir a empresa dificultando o contraditório e a ampla defesa, intenção materializada ao lavrarem 02(dois) autos de infração na mesma data (207090.0002/13-3 e 207090.0003/13-0) em 27/03/2013, sobre a mesma matéria.

Salienta que na apresentação da defesa já houve claramente o seu cerceamento quando recebeu 03 (três) autos de infração na mesma data, o que significa dizer que teve apenas 10 dias para preparar cada defesa. Diz que a legislação prevê 30 dias para impugnação de cada auto de infração. Sendo 30 dias para a defesa de cada auto, 03 (três) lavrados na mesma data não alcançam o objetivo da norma que é conceder o aludido prazo. Entende que neste caso, coube apenas 10 dias para cada um.

Observo que ao fiscalizar o período indicado na Ordem de Serviço, o Auditor se depara com uma infração relativa ao ICMS, procede à autuação fiscal. No caso de ser constatada a necessidade de ser lavrado mais de um Auto de Infração, trata-se de controle interno e administrativo da SEFAZ, inexistindo qualquer ofensa à legalidade, nem motivo de nulidade da autuação.

Conforme o documento à fl. 65 do presente PAF, o autuante apresentou “Pedido de Autorização para Lavratura de Auto de Infração Parcial”, sendo deferido o mencionado pedido pela autoridade competente, ficando comprovada a legalidade do ato praticado.

Rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal; a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O autuado requereu a realização de diligência à sede da empresa para comprovar os fatos alegados, de modo a constatar os investimentos realizados. Fica indeferido o pedido apresentado pelo defendant, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendant qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a primeira infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão do 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, nos meses de janeiro, março, abril, julho a dezembro de 2008.

De acordo com a descrição dos fatos, refazendo-se a apuração do ICMS, segregando-se as operações, tanto de entradas quanto de saídas, não vinculadas ao projeto aprovado, assim como, apurando-se o ICMS devido nas operações vinculadas ao projeto aprovado e abatendo-se o valor do ICMS recolhido, constatou-se recolhimento a menos nos meses de janeiro, março, abril e julho a dezembro de 2008.

O Programa Desenvolve tem como objetivos, estimular a instalação de novas indústrias, bem como estimular a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais, estando previsto no art. 3º do Regulamento do mencionado Programa, que o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo.

Na descrição dos fatos foram informados os motivos que levaram os autuantes a efetuar o levantamento fiscal e apurar o imposto exigido, sendo feitos os cálculos com a apuração do ICMS devido nas operações vinculadas ao projeto aprovado, constatando-se recolhimento a menos nos meses objeto da autuação fiscal. Foram elaborados os demonstrativos às fls. 70/75, apurando as entradas e saídas não beneficiadas pelo projeto aprovado, resultando na apuração do recolhimento efetuado a menos, conforme fl. 71 dos autos.

Nas razões defensivas o autuado alegou que ao fundamentar a ação fiscal os autuantes se lastrearam na Instrução Normativa nº 27/09, que somente produziu seu efeito a partir de 03 de junho de 2009, cuja aplicabilidade somente se efetivaria no próximo período de apuração do ICMS (normal e incentivado) ou seja no mês 07/2009. Sendo assim, entende que os autuantes não poderiam utilizá-la para imputar “*falta de recolhimento de ICMS*” – que não ocorreu - de forma retroativa (2008).

Vale salientar, que foi editada a Instrução Normativa nº 27/09, que dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE. Como já foi comentando quando da apreciação da preliminar de nulidade, a mencionada Instrução Normativa não modificou o texto da norma que complementa e não criou novas regras para o cálculo do imposto.

O incentivo previsto no Programa Desenvolve tem a finalidade de estimular a instalação de novas indústrias e expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais já instalados, e a exigência do imposto no presente Auto de Infração é decorrente do refazimento da apuração do imposto devido. O levantamento fiscal leva à conclusão de que foram cumpridos os requisitos necessários para verificar o direito ao gozo do incentivo fiscal, e o defendant não apresentou qualquer elemento para contrapor os cálculos efetuados pela fiscalização.

Na apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, devem ser excluídos todos os débitos mensais que não guardem relação com as saídas de produção do estabelecimento. Assim, concluo pela subsistência deste item do Auto de Infração, considerando que restou comprovado, mediante o levantamento fiscal, que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do imposto sem o cumprimento das condições previstas no Programa DESENVOLVE.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa Desenvolve, nos meses de janeiro a abril e agosto a novembro de 2008.

O autuado alegou que é perfeitamente comprehensível que, mesmo a norma infra legal excluisse a condição de recolhimento a menos para perda do benefício no mês, significaria que qualquer equívoco inexpressivo ou não no recolhimento da parcela não incentivada implicaria na perda total, no mesmo mês, do benefício da dilação de prazo. Que não há como argumentar que o recolhimento a menos é falta de recolhimento.

O art. 18 do Decreto nº 8.205/02, que regulamenta o Desenvolve, estabelece: “a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês”.

No levantamento fiscal efetuado à fl. 71 foi apurado que houve recolhimento a menos do imposto em diversos meses do exercício de 2008, o que implicou perda do benefício com base no art. 18 do Decreto nº 8.205/02. Neste caso, foi apurada falta de recolhimento de parte do ICMS não sujeito à dilação do prazo.

Observo que se trata de Auto de Infração lavrado em decorrência da ação fiscal realizada no estabelecimento autuado e, conforme salientaram os autuantes, no exercício de sua competência privativa, procederam ao exame dos créditos e débitos fiscais do ICMS apropriados mensalmente pelo autuado e a consequente repercussão no recolhimento do ICMS devido. Foram cumpridos roteiros de auditoria e após os citados exames, verificou-se que o deficiente incorreu na infração apontada, o que ficou comprovado pelo levantamento fiscal.

De acordo com o art. art. 107 do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei 9.837/05), e art. 42 do RPAF-BA, os Auditores Fiscais têm competência para realizar o procedimento fiscal, inexistindo qualquer conflito entre a ação fiscal e as atribuições do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE. Portanto, inexiste qualquer limitação legal para que os Auditores Fiscais possam efetuar o lançamento de ofício, haja vista que à fiscalização cabe verificar os procedimentos adotados pelos contribuintes em cumprimento à legislação tributária e, sendo constatada qualquer irregularidade, os Auditores Fiscais devem fazer o lançamento de ofício, como foi efetuado no presente caso.

Não se trata de desenquadramento do Programa Desenvolve, como entendeu o autuado, haja vista que a exigência do imposto no presente Auto de Infração ocorreu em decorrência da constatação de que não houve recolhimento de parte do ICMS não sujeito à dilação do prazo, sendo informados na descrição dos fatos os motivos que levaram os autuantes a efetuar o levantamento fiscal e apurar o imposto exigido.

Conforme já comentado anteriormente, o presente lançamento não significa que o benefício fiscal foi cancelado pelos autuantes, uma vez que no período seguinte, sendo preenchido o requisito regulamentar, a norma que prevê o benefício volta a incidir e o contribuinte retoma o gozo do benefício.

Como restou comprovado que o autuado utilizou incentivo fiscal para recolhimento do ICMS sem o cumprimento de todas as condições previstas no Programa DESENVOLVE, concluo que é devido o imposto, conforme apurado pelos autuantes.

Em relação à multa aplicada nas infrações 01 e 02, o deficiente contestou o percentual e o enquadramento referente à infração 01, perguntando: se não há dolo em uma infração que repercute em outra reciprocamente, como uma é fraudulenta e a outra não?

Na infração 01 o autuante aplicou a multa de 100%, com base no art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei 7.014/96, que se aplica quando se constata qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente na mencionada Lei.

Para se aplicar o mencionado dispositivo legal com a multa de 100% é necessário estar caracterizado nos autos que houve ação fraudulenta pelo autuado, elemento subjetivo que não pode ser presumido, devendo ficar demonstrado e comprovado. No caso em exame, o autuante, fundamentou a exigência fiscal como recolhimento do imposto efetuado a menos em desacordo

com a legislação do Desenvolve.

Considerando a necessidade de caracterizar a ação ou omissão fraudulenta, como prevê o dispositivo legal da multa aplicada, entendo que não houve no presente PAF o registro de fatos que comprovem a existência dos referidos elementos para ensejar a aplicação da multa de 100%, devendo ser reduzida a referida multa aplicada na infração 01, para 60%. Portanto, entendo que assiste razão ao defendant, tendo em vista que em relação às duas infrações deve ser atribuída a multa de 60%, com base no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado não impugnou as infrações 03 e 04, tendo informado que adotou uma postura de quem quer buscar a verdade dos fatos e eliminou com o recolhimento as infrações 03 e 04, reservando-se no direito de discutir os demais lançamentos, infrações 01 e 02. Considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não há lide a ser decidida.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 207090.0002/13-3, lavrado contra **IPLASA INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$715.588,05**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, incisos II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$5.749,70**, prevista no art. 42, incisos IX e XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA