

A. I. Nº - 232884.0010/18-4
AUTUADO - CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.
AUTUANTES - EDUARDO TADEU SANTANA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 25/02/2019

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0056-06/18

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. O contribuinte considerou as aquisições de gás natural como créditos não vinculados ao projeto aprovado. Mantido o lançamento de ofício. Afastada a preliminar de nulidade do lançamento de ofício. Indeferido pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração (AI) em lide, lavrado em 28/08/2018, relativo ao período fiscalizado de 01/01/2017 a 31/12/2018, conforme OS nº 503100/18, formaliza a exigência do ICMS no valor de R\$1.777.334,07 (um milhão, setecentos e setenta e sete mil, trezentos e trinta e quatro reais e sete centavos), acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

A infração de código 03.08.04 foi imputada ao autuado em decorrência da constatação de recolhimento a menor de ICMS, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

O autuado, mediante petição subscrita por advogados com procuração nos autos, fls. 107 e 108, apresenta impugnação de forma tempestiva, fls. 71 a 88.

Registra ser pessoa jurídica de direito privado que exerce, dentre outras, a atividade de fabricação de pneumáticos e de câmaras de ar, cujo registro no Código e Descrição da Atividade Econômica Principal (CNAE) encontra-se sob o nº 22.11-1/00.

Em preliminar, suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, pois considera que a infração descrita pela fiscalização é deficiente, faltando elementos para se compreender com clareza a suposta infração praticada pela defendente.

Pontua que se percebe ausente no documento de lançamento fiscal elementos que esclareçam de forma evidente a suposta infração cometida, bem como legislação pátria que fundamente o supostamente alegado pela Administração Pública. Não há subsunção do fato à norma jurídica, como pressuposto do ilícito tributário.

Assevera que não há comprovação fática e jurídica da alegação que a impugnante teria realizado pagamento a menor de ICMS relativo à parcela não incentivada, em razão de ter expurgado, ou seja, retirado do cálculo do Saldo Devedor do ICMS Passível de Incentivo (SDPI) pelo DESENVOLVE, créditos de ICMS de produtos consumidos no seu processo produtivo.

Afirma que no “Demonstrativo de Débito” anexo ao Auto de Infração, não há a clara discriminação, por exemplo, de qual/quais CFOP(s) o preposto fiscal efetivamente estornou dos “créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado”, fato que acarreta em mais uma deficiência da exigência fiscal.

Entende que, considerando que se trata de acusação fiscal que aponta erro no cálculo do SDPI pelo DESENVOLVE, é imprescindível também a indicação da norma que dispõe sobre a sistemática de cálculo a ser adotada pelo contribuinte na apuração desse saldo que por ora é tida por violada, o que não se observa *in casu*.

Anota que, no presente AI, a referida sistemática consiste em ajustes sobre o saldo devedor a ser realizado no final do período de apuração, expurgando valores de débitos e créditos de operações não vinculadas aos investimentos constantes no projeto aprovado no bojo do DESENVOLVE, cuja metodologia de cálculo está prevista na Instrução Normativa (IN) nº 27/09.

Aduz ser patente a ilegalidade da acusação fiscal, pois, o expurgo dos créditos tomados nas aquisições/entradas realizadas pela DEFENDENTE foi efetuado na forma prevista na IN nº 27/09, que considera essas operações como “*não vinculadas ao projeto aprovado no DESENVOLVE*”, não havendo que se falar em recolhimento a menor.

Questiona se o ilícito tributário que lhe é imputado decorre (i) do fato de ter apurado Saldo Devedor do ICMS para o DESENVOLVE, conforme a norma de regência (declarando-se devedora de montante superior aquele indicado pela autoridade fiscal)? Ou, (ii) de mera discricionariedade administrativa que, em detrimento da norma, pretende antecipar o recolhimento do ICMS que ela mesma concedeu dilação de prazo?

Assegura que não há resposta, sequer intuitiva aos questionamentos que apresenta, o que evidencia a ausência de motivação do Auto de Infração em referência, tornando-o nulo, nos termos do art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Salienta a contestante que a acusação fiscal deve ser clara e objetiva, de modo que a fundamentação legal do AI deve possibilitar ao contribuinte, pleno conhecimento das razões que levaram ao lançamento de ofício, o que claramente não ocorreu neste caso.

Afirma não haver dúvidas que o presente AI foi lavrado sem observâncias das normas que regem os atos administrativos, pois não observou a norma de regência, violando assim diversos dispositivos legais e constitucionais, dentre eles os contidos nos arts. 5º, inciso II; art. 37 e art. 150, inciso I, da Constituição Federal (CF), bem como nos arts. 97 e 142, do CTN, devendo, portanto, ser declarado nulo de plano, também com base no art. 18, inciso IV, alínea *a*, do RPAF.

Diz que superada a preliminar de nulidade acima descrita, no mérito, não resta melhor sorte aos trabalhos da fiscalização. Registra que, por meio da Resolução nº 52/04, renovada pela Resolução nº 53/11, cópias as fls. 128 e 129, foi habilitada no DESENVOLVE, passando a fruir das referidas benesses fiscais, vez que atende a todos os requisitos estabelecidos previamente no Acordo de Intenções, firmado com o estado da Bahia e o município de Camaçari.

Entende que na IN nº 27/09, há uma sistemática de adições e exclusões para o cálculo do SDPI pelo DESENVOLVE que deve ser observada pelo contribuinte e pelo fisco. Tal norma indica, expressamente, quais débitos e créditos devem ser excluídos no cálculo da referida parcela, sendo, efetivamente, observada pelo autuado.

Contudo, aduz o defendente, o autuante entendeu que o sujeito passivo teria “reduzido”, isto é, realizado pagamento a menor de ICMS relativo à parcela não incentivada, em razão de ter expurgado, ou seja, retirado do cômputo do SDPI, créditos de ICMS de produtos consumidos no seu processo produtivo.

Entretanto, pontua o impugnante, a fiscalização considerou, de forma equivocada e contrariando o previsto no item 2.2.20 da IN nº 27/09, que as aquisições realizadas pelo defendente no CFOP 1.653 (gás natural), como vinculadas à operação beneficiada pelo programa, afastando o expurgo do crédito por ela realizado, tornando maior a parcela não incentivada a pagar, de modo que os recolhimentos realizados pelo contestante foram considerados insuficientes.

Sustenta a defesa que o procedimento adotado pela contribuinte autuado está em consonância com a IN nº 27/09. Salienta que, por se tratar de norma de benefício fiscal, cuja interpretação deve ser literal, nos exatos termos do art. 111 do CTN, não cabe aumentar seu alcance por mera discricionariedade e conveniência da administração pública.

Reitera que o estado da Bahia, através da referida norma, estabeleceu que as operações com CFOP 1.653 deveriam ser expurgadas do Saldo Devedor do ICMS para o DESENVOLVE, não cabendo, por via transversa exigir o pagamento imediato desse imposto.

Transcreve decisões do CONSEF nas quais restou mantida a cobrança de ICMS de contribuintes que não observaram os CFOP(s) destacados na IN nº 27/09 e entende que, guardadas as especificidades, esse é o entendimento que deve ser aplicado ao defendente.

Anota ser imperioso frisar que sequer há vestígio de dolo, fraude ou simulação, de modo que a dilação do prazo para pagamento do ICMS, conforme previsto no DESENVOLVE, não tem motivação para ser afastada.

Continua em suas razões de defesa afirmando que, por onde quer que se analise o presente Auto de Infração, falta-lhe motivo para subsistir. O AI é nulo por não deixar clara a motivação e fundamentação para sua lavratura, e ainda, no mérito, tendo em vista o correto procedimento adotado pela autuado.

Subsidiariamente, na peça defensiva, o impugnante trata da multa de 60% do valor do imposto a ser pago, argumentando que essa cobrança, constante no presente AI, não merece prosperar, pois lhe falta requisito e pressuposto essencial de existência e validade. Entretanto, se porventura, não forem acolhidos os argumentos ora suscitados pelo contestante, não se pode admitir a aplicação de multa em percentual equivalente a 60% (sessenta por cento), por caracterizar efeito confiscatório, prática tão recriminada pela CF.

Entrementes, caso se entenda pela manutenção da multa aplicada, tendo em vista as divergências encontradas no presente caso concreto, afirma ser imperioso que se leve em conta o art. 112, do CTN, bem assim os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, para que se faça o encontro da multa eventualmente imputável com a realidade dos fatos, mitigando-se aquela inicialmente aplicada à razão de 60% sobre o valor do imposto, a patamares mais condizentes com o caso em tela.

Ao final da peça defensiva requer: (i) anulação/cancelamento integral do AI ou (ii) subsidiariamente, na remota hipótese de manutenção da exigência fiscal, redução do percentual aplicado a título de multa, tendo em vista o seu caráter confiscatório.

Protesta ainda pela juntada posterior de documentos que se façam indispensáveis à comprovação de sua defesa, bem como requer a realização de diligências fiscais/perícias junto ao estabelecimento do defendente, a fim de que seja constatada a veracidade de suas alegações.

A informação fiscal foi prestada em 19/12/2018, peça juntada às fls. 181 a 185.

O autuante, após transcrever o motivo da autuação fiscal, passa a rebater a arguição de nulidade. Garante que os argumentos do defendente trazidos aos autos são frágeis e não coadunam com o que prevê o art. 18 do RPAF.

Aduz ver afastada a pretensão do impugnante, tendo em vista que a acusação se encontra claramente descrita e que em momento algum lhe causou cerceamento ao seu direito à ampla defesa. O AI contém todos os elementos de prova que o embasam sempre citados e inseridos (partes) ao longo da sua peça defensiva.

Pontua que os demonstrativos, fls. 11 a 61, relatam que os valores apurados e exigidos no Auto de Infração em discussão resumem-se ao fato de que o sujeito passivo não considerou na sua apuração da base de cálculo do ICMS Desenvolve, parcela a ser dilatada, as operações de aquisição de gás natural junto à Companhia de Gás da Bahia – BAHIAGAS.

Diz que o argumento defensivo se pauta, unicamente, no fato de ter registrado em sua escrita fiscal as operações de aquisição do referido insumo sob o CFOP 1.653 e este não constar na IN nº 27/09, fl. 78.

Transcreve o Item “1” da citada IN nº 27/09 que trata da exclusão dos valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo

conselho deliberativo do programa. Compara esse dispositivo com o art. 1º da Resolução nº 153/11 que habilita o contribuinte aos benefícios do Desenvolve, para produzir pneus.

Nesse sentido, assevera que o gás natural adquirido da Companhia de Gás da Bahia – BAHAGAS pelo autuado é um insumo utilizado na produção de pneus. Tanto assim que o crédito fiscal destacado nos documentos fiscais é utilizado na forma prevista no art. 29, da Lei nº 7.014/96. Caso não fosse, provavelmente estaria caracterizado como mercadoria destinada a uso e/ou consumo do estabelecimento, na forma do inciso I, do § 4º, do citado art. 29, da Lei nº 7.014/96, que veda o crédito relativo a mercadoria entrada no estabelecimento para integração ou consumo em processo de industrialização.

Esclarece o autuante que o significado da sigla CFOP é de Código Fiscal de Operações e Prestações das entradas e saídas de mercadorias (intermunicipal e interestadual). É um código numérico que identifica a natureza de circulação de uma mercadoria ou a prestação de serviço de transportes e cuja utilização pelo contribuinte, obedecidas algumas normas e procedimentos, é subjetiva.

Invoca o art. 309 que trata da utilização do crédito fiscal relativo às mercadorias para comercialização e assevera que o autuado não revendeu o gás natural que adquiriu. Assim sendo, o contribuinte adquiriu o gás natural para utilização como matéria-prima ou para utilização como material de uso e/consumo do estabelecimento. No segundo caso, não lhe é permitida a utilização do crédito fiscal por força do inciso I, do § 4º, do art. 29, da Lei nº 7.014/96.

Diz que o CFOP 1.653 trata de compra de combustível ou lubrificante por consumidor ou usuário final, sendo classificadas nesse código as compras de combustíveis ou lubrificantes a serem consumidos em processo de industrialização de outros produtos, na prestação de serviços ou por usuário final.

O autuante declara não restar dúvida que o gás natural adquirido pelo defendente é utilizado no seu processo de industrialização, por conseguinte, estamos tratando de insumo. Garante ser um insumo indispensável ao processo produtivo de fabricação de pneus. Logo, insumo vinculado ao seu projeto aprovado pela Resolução nº 153/11, na forma da Instrução Normativa nº 27/09 (fls. 63 a 66), especificamente no seu Item “1”.

Finaliza a informação assegurando que não cabe ao autuante discorrer sobre os argumentos das fls. 84 a 87, que tratam da aplicação da multa. Pontua que o autuado discorre sobre o mérito da exigência não tendo sido objeto de questionamento os valores apurados na ação fiscal.

Ressalta, a título de informação, que não há precedente no âmbito deste Casa, que se tenha conhecimento, de questionamento quanto à utilização do gás natural como insumo vinculado ao processo produtivo, principalmente pelas demais empresas do seguimento de produção de pneus no Estado da Bahia, beneficiárias do incentivo fiscal DESENVOLVE.

Assim, requer o autuante que seja o Auto de Infração julgado procedente.

VOTO

Verifico que o AI em lide aponta o recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo, prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, que foi instituído pela Lei nº 7.980/2001 e Regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, cuja sistemática de cálculo segue as orientações traçadas pela IN nº 27/09.

Em sede de preliminar, foi suscitada a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, pois, de acordo com o contribuinte, a descrição da acusação é deficiente, faltando elementos para se compreender com clareza a suposta infração praticada pelo sujeito passivo, não havendo subsunção do fato com a norma jurídica, uma vez que o Auto de Infração não aponta a legislação pátria que fundamente o alegado pela fiscalização.

Em adicional, o defendente argumenta que no “Demonstrativo de Débito”, anexo ao Auto de Infração, não há a clara discriminação, por exemplo, de qual/quais CFOP(s) o preposto fiscal efetivamente estornou dos “créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado”, fato que acarreta em mais uma deficiência da exigência fiscal.

Da leitura dos autos, constato que a arguição de nulidade suscitada pelo defendente não pode ser acolhida, uma vez que os argumentos apresentados não se sustentam. Observo que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que relata a infração, respaldando com a indicação do fato, normas e documentos, bem como o supedâneo jurídico.

Constam no PAF a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, os dispositivos da legislação tributária infringidos, a tipificação da multa, a base de cálculo do imposto, alíquota e valor do ICMS exigido. Todos esses elementos permitem ao impugnante o pleno exercício do seu direito de defesa, não se verificando nenhuma das hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF.

Rebato a argumentação da defesa de que o AI não aponta a norma tida como violada. A acusação se encontra fundamentada corretamente nas normas da Lei nº 7.014/96 e no Decreto nº 8.205/02.

Assinalo que Instrução Normativa (IN), é norma secundária no ordenamento jurídico e o seu fundamento de validade tem origem nas normas de hierarquia superior, no caso concreto, na Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, e no Decreto nº 8.205, de 3 de abril de 2002, que regulamenta. Essa instrução tem como objetivo esclarecer a forma de apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE.

Em relação ao pedido do autuado para realização de diligência, entendo que já existem nos autos os elementos necessários para análise do mérito da autuação e decisão a respeito da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF.

No mérito, a acusação aponta erro na determinação dos valores mensais da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo DESENVOLVE.

Anoto que, nos termos do art. 3º do Decreto que regulamentou o benefício, em consonância com a Lei que o instituiu, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderia conceder dilação de prazo de pagamento de até 90% do saldo devedor mensal de ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão de investimentos constantes dos projetos industriais aprovados.

Nesse sentido, constato que a Resolução nº 153/11, habilita o contribuinte aos benefícios do DESENVOLVE para a produção de pneus, e concede dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE (v. fl. 147).

Esclareço que a IN nº 27/09, que trata da forma de apuração do SPDI, determina, no seu item 1, que devem ser expurgados do cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher, passível de incentivo pelo DESENVOLVE, os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa. O item 2.2.20 da referida instrução, pontua os créditos das operações com o CFOP 1.653 que não devem ser considerados no cálculo.

Verifico que a lide se instala exatamente com relação às operações com gás natural. A defendente as classifica no CFOP 1.635 e, como tal, afirma que nos termos da IN nº 27/09, os créditos decorrentes dessas operações devem ser expurgados do cálculo do SDPI pelo DESENVOLVE. Entretanto, o autuante alega que o gás natural é utilizado no processo produtivo do autuado e, por conseguinte, os créditos devem ser considerados para apuração do saldo em comento.

Com efeito, entendo que o essencial para se determinar se o crédito vai ou não fazer parte da apuração do SDPI é a sua efetiva vinculação, ou não, ao projeto aprovado, e não o CFOP no qual foi classificada a operação.

É cediço que o gás natural é utilizado na indústria para geração de energia e vapor, agentes necessários na produção de pneus. Observo que o impugnante não traz aos autos provas de que não utiliza o gás natural na fabricação de seu produto, nem que o mesmo não está vinculado ao processo de produção. Não há nos autos, por parte do contestante, informação nem comprovação da destinação diferente para o gás natural, que não seja o processo produtivo. De concreto, apenas o fato de o contribuinte classificar essas operações no CFOP 1.653, e sua afirmação de que os créditos relativos às mesmas foram expurgados em observância à IN nº 27/09.

Destarte, em função da utilização inquestionável do gás natural como combustível para fornecimento de calor na produção industrial, tendo, por óbvio, emprego efetivo, direto e necessário no processo produtivo do contribuinte, entendo que as operações com esse produto estão vinculadas à produção de pneus e, necessariamente, os referidos créditos não podem ser expurgados do cálculo do SDPI pelo DESENVOLVE, conforme dispõe a IN nº 27/09.

Registro que, sobre a matéria aqui tratada, este CONSEF tem se posicionado de forma análoga, conforme manifestado nos Acórdãos JJF nº 0103-05/17, CJF nº 0334-11/17 e CJF nº 0338-11/17.

Anoto que o contestante, em sua peça defensiva, não conseguiu elidir a acusação, pois não trouxe aos autos qualquer elemento probante de que não infringiu a legislação. A simples negativa do cometimento da infração não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme norma insculpida no art. 143 do RPAF. Constato que o impugnante não conseguiu desincumbir-se do seu ônus de provar, o que resulta na aplicação do art. 142 do RPAF (transcrito a seguir), e assim sendo, mantenho a acusação:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Quanto à alegação de que é abusiva a penalidade aplicada, que consubstancia percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, registro que falece competência a este órgão julgador, para se manifestar sobre o aspecto constitucional da sanção imposta, conforme expressado no inciso I, do art. 125 do Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981.

Com relação às divergências interpretativas e aplicação do art. 112 do CTN, entendo que não se configura no caso concreto tal possibilidade.

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232884.0010/18-4**, lavrado contra **CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.777.334,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2018.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – RELATORA

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR