

A. I. Nº **269190.0112/15-0**
AUTUADA **- VALFILM NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**
AUTUANTES **- SÉRGIO BORGES DA SILVA e CRISANTO JOSÉ BICALHO**
ORIGEM **- IFEP INDÚSTRIA**
PUBLICAÇÃO **- INTERNET – 21.11.2018**

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0173-04/18

EMENTA: ICMS. 1. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Após a defesa apresentada pelo autuado e informação fiscal dos autuantes, restou comprovado que houve a irregularidade apontada pela inclusão de parcelas indevidas no cálculo da parcela sujeita à dilação de prazo de pagamento. Infração subsistente. 2. LIVROS FISCAIS. RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. Infração não contestada. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA APLICAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração reconhecida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. Não vieram aos autos comprovação de cancelamento dos documentos fiscais consoante alegado na defesa. Infração procedente. b) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. Multa de 10% do valor de cada nota fiscal não registrada. Infração mantida diante da inexistência de provas frente ao argumento defensivo apresentado, uma vez comprovado que as referidas notas fiscais não foram canceladas. Retificação de ofício da multa aplicada, de 10% para 1%, diante do fato da redação do Inciso IX, do artigo 42 da Lei 7.014/96, alterado pela Lei 13.461/15, que passou a produzir efeitos a partir de 11 de dezembro de 2015, a qual determinou a imposição de multa no percentual de 1% sobre o valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação, que tenham entrado no estabelecimento ou por ele utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, atendendo tal retificação ao disposto no artigo 106 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que a lei aplique-se a ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Infração mantida. Adequação da multa aplicada. 5. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração não contestada. Negado o pedido para realização de diligência nas infrações 04 e 05. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 21 de dezembro de 2015 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$631.906,36, além de multa de 60% e multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **03.08.04.** Recolheu a menor o 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), no total de R\$576.082,99, além da multa de 60%, para ocorrências verificadas nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e janeiro a dezembro de 2013. Consta a informação dos autuantes de “*contribuinte beneficiado pela Lei 7.980 de 12 de dezembro de 2001 que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, Resoluções n.º 26/2006 e 48/2011*”. Mais adiante complementam: “*Ao proceder aos referidos ajustes, entre outros equívocos, o Contribuinte deixou de incluir nos cálculos do DESENVOLVE créditos referentes a aquisição de embalagens e aquisição de serviços de transporte nas saídas de produção própria. Tais operações encontram-se diretamente ligadas à produção incentivada, logo, estes créditos não mais poderiam ter sido excluídos do cálculo do ICMS incentivado. A exclusão dos créditos referidos resultou em aumento da parcela de ICMS incentivado e consequente prejuízo ao Erário*”. A metodologia adotada foi a seguinte, de acordo com a mesma indicação dos autuantes: “*A fiscalização recalcoulou, mês a mês, a parcela do saldo devedor mensal de ICMS incentivado no mês e consequente prejuízo ao Erário*”.

Infração 02. **03.01.01.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do mesmo, uma vez que, “*conforme o Livro de Apuração (EFD) o ICMS a recolher ref. outubro de 2013 é de R\$225.233,55, no entanto, conforme quadro dos sistemas da SEFAZ o valor recolhido foi de R\$224.922,58, resultando na diferença a pagar no valor de R\$310,97. Integraram os demonstrativos desta infração, as cópias de Livros, Documentos, Planilhas (ANEXO 06) e arquivos eletrônicos EFD devidamente autenticados e anexados ao presente auto de infração*”. Ocorrência lançada em outubro de 2013.

Infração 03. **03.02.02.** Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, uma vez que segundo os autuantes ocorreu diante do fato de que “*a aplicação de alíquota de 7% ao invés de 17% nas saídas internas de estabelecimentos industriais para microempresas está condicionada ao repasse do valor do benefício ao adquirente. O contribuinte não comprovou ter repassado o benefício, não tendo feito constar a redução de forma expressa no documento fiscal, conforme previsão do art. 16 parág. 1º, inciso II da Lei 7.014/96. O exame de outras notas fiscais emitidas evidencia a infração cometida*” . Monta o débito reclamado R\$5.564,32, para fatos verificados em março e junho de 2012, com sugestão de multa de 60%.

Infração 04. **16.01.01.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$13.718,71, correspondente a 10% do valor das entradas não escrituradas nos meses de março a maio, setembro e dezembro de 2012, março, maio, setembro e novembro de 2013.

Infração 05. **16.01.02.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, uma vez que não foram registradas no livro próprio as notas fiscais referentes a operações não tributadas listadas no ANEXO 09. Valor do lançamento: R\$35.769,37, para os meses de abril, junho, agosto, setembro e dezembro de 2012, abril a setembro, novembro e dezembro de 2013.

Infração 06. **16.04.01.** Deixou de apresentar o Livro Fiscal quando regularmente intimado, uma vez que “*mesmo depois de intimado pela fiscalização o Contribuinte não apresentou o livro Registro de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência*”. Multa de R\$460,00 indicada como devida em dezembro de 2013.

Tempestivamente, a autuada, por seu procurador, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 155 a 171, onde, inicialmente, esclarece ser pessoa jurídica de direito privado,

atuante no ramo de fabricação e comercialização de embalagens plásticas, informando que as infrações 02, 03 e 06, restam desde já reconhecidas, e serão pagas tempestivamente conforme petição anexa já formalizada junto a esta Secretaria.

Para a infração 01, menciona que uma questão merece relevo do ponto de vista legal e contábil, quando se trata a mesma isoladamente é o fato de que o contribuinte durante o período fiscalizado, realizou industrialização de produtos que não estavam inseridos em suas Resoluções de Habilitação ao Programa, inclusive, tendo os valores relativos ao ICMS tributado nessas operações sido excluídos dos cálculos de ajustes para apuração do ICMS incentivado.

Ressalta que os valores dos créditos mencionados na autuação, se referem aqueles lançados na apuração no campo “outros créditos”, e considerando também que as aquisições de embalagens mencionadas, dizem respeito ao crédito presumido devido ao contribuinte no regime de conta corrente fiscal de mercadorias adquiridas de ME e EPP industriais optantes pelo Simples Nacional (base legal artigo 269 inciso X do Decreto 13.780/12) e os serviços de transportes se relacionam também com a industrialização e transportes dessas mercadorias, norteado pelo princípio da boa-fé não os considerou como créditos integrantes dos cálculos relativos ao benefício do qual faz parte, pois conforme a própria norma dispõe deverão ser excluídos dos cálculos a parcela do imposto de operações que não estão enquadradas ao benefício.

Aduz pelo rigoroso cumprimento quanto ao recolhimento do imposto devido mensalmente não incentivado como também a liquidação antecipada conforme disposição legal, para os valores dilatados na apuração do ICMS beneficiado pelo incentivo fiscal Desenvolve motivo pelo qual requer a revisão dos cálculos apresentados no Anexo 01 considerando a exclusão das parcelas referentes às aquisições das embalagens assim como as prestações de serviços de transportes dessas mercadorias não alcançadas pelo incentivo.

Entende, que ainda que tenha ocorrido lançamento equivocado, em apelo a coerência e razoabilidade, a fiscalização poderia facilmente constatar e considerar as hipóteses aqui levantadas, frisando que não houve dolo ou má-fé, que ensejasse aplicação de multa abusiva e confiscatória no percentual de 60% do valor do imposto, considerando ainda ter recolhido tempestivamente o imposto devido.

Entende que não deve prosperar esta infração, e ante ao exposto, roga para que seja realizada nova diligência pela fiscalização a fim de apurar o quanto alegado, verificando a documentação disponibilizada de forma que seja rechaçada completamente a infração em questão.

Para a infração 04, aponta não ter registro do recebimento das notas fiscais mencionadas na autuação (anexo 07) em seu estabelecimento, não sendo encontrada em sua contabilidade, contas a pagar e nem nos seus livros fiscais de entrada, nenhum registro da mesma, que acredita ter sido emitida e canceladas pela empresa emitente, e assim, entende que não deve prosperar esta infração.

Em relação à infração 05, da mesma maneira que na anterior, indica não ter registro do recebimento das notas fiscais mencionadas pelo autuante constantes no Anexo 08 em seu estabelecimento, não sendo encontrada em sua contabilidade, contas a pagar e nem nos seus livros fiscais de entrada, nenhum registro da mesma, que acredita ter sido emitida e cancelada pela empresa emitente, razão pela qual entende que não deve prosperar esta infração.

Roga para que seja realizada nova diligência pela fiscalização a fim de apurar o quanto alegado, verificando a documentação disponibilizada de forma que seja rechaçada completamente a infração em questão.

Aborda a seguir, o fato da imposição de multa que entende abusiva e confiscatória, invocando a Constituição Federal ao vedar expressamente a utilização de tributos com efeito de confisco, protegendo o contribuinte da rotineira fome arrecadatória do Fisco, que lhe é peculiar.

Fala ser cada vez mais corriqueira a posição do Fisco no enfrentamento de arguição de matérias de constitucionalidade, no sentido de não apreciar a matéria de direito apresentada, por

entender que foge a sua alçada de competência, todavia, já há posição sedimentada em sentido contrário.

Transcreve decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais – 1ª Turma, pela sua 1ª Turma, no Acórdão nº CSRF/01 – 03.620, no processo 11020.001669/90-27.

Argumenta que no presente caso, tem o direito constitucional de ver apreciada pelo órgão julgador todas as matérias suscitadas na presente impugnação, diante de seu entendimento de que a multa fiscal se origina de um ilícito tributário, ocasionado por uma inobservância no dever de recolher algum tributo ou não cumprir alguma obrigação acessória, e no caso em tela, pode afirmar que não incorreu, em qualquer irregularidade que ensejasse em atribuir um valor tão absurdo e pesado a título de multa.

Traz doutrina de Sacha Calmon Navarro Coelho a respeito, ao tempo em que invoca que o direito brasileiro contempla alguns casos de multas elevadíssimas, sendo a base de cálculo das penalidades variável, ora se baseando no valor do imposto a pagar ou omitindo, ora no valor comercial de mercadorias, ora no montante do interesse, ora em unidades previamente estatuídas como UPFEMG (Unidade Padrão Fiscal do Estado de Minas Gerais), e os percentuais facilmente chegam a 100%, sendo comuns casos que se apresentam no patamar dos 300%.

Diz ser fixação das penalidades e os respectivos valores atribuição do legislador e de modo específico inexistem limitações ou princípios condicionando-lhe o múnus punitivo, em tema tributário, ainda que exista princípio da Constituição proibindo o confisco, como os artigos 5º, inciso LIV e 150, inciso IV.

Anota que uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir transgressores (caracteres punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco. Este só poderá se efetivar se e quando atuante a sua hipótese de incidência e exige todo um processo. A aplicação de uma multa de confisco é algo totalmente diferente da aplicação de uma multa. Quando esta é tal que agride violentamente o patrimônio do cidadão contribuinte, caracteriza-se como confisco indireto e, por isso, é inconstitucional.

Cita e reproduz, mais uma vez a doutrina, através de textos de Heron Arzua e Dirceu Galdino, Prof. Sampaio Dória, citado por Ministro Bilac Pinto, Aliomar Baleiro, além de posição do Poder Judiciário contida em decisão do TJMG, Acórdão da 4ª CC, em 1º/06/81, Ap.55.354, ADV, nº 429.

Fala que o montante excessivo em relação à infração tributária não se coaduna com o nosso sistema jurídico, que já prevê a incidência de juros moratórios (com a finalidade de indenizar o erário pela indisponibilidade do montante do tributo durante certo lapso de tempo em que o contribuinte se beneficiou dessa mesma disponibilidade) e correção monetária (para manter o poder aquisitivo do valor) e pelo fato da multa ter efeito de apenas penalizar o contribuinte pelo fato de não obedecer à legislação vigente não resta dúvida de que a imposição de multas elevadas leva a verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte.

Reitera que os princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva do contribuinte constam atualmente do texto constitucional, na parte relativa ao Sistema Tributário Nacional, ainda que a parcela ora impugnada com esta defesa não seja tributo em si, mas, em que pese se dirijam expressamente aos tributos, não se pode negar que os mencionados paradigmas constitucionais se estendam a todo o sistema tributário, alcançando por inteiro o crédito tributário em sua expressão mais abrangente, como conceituado no artigo 113 do CTN. Ou seja, eles atingem tanto os próprios tributos como as penas fiscais.

Diz que a equidade recomenda a exclusão do abuso do direito revelado pela aplicação de multas vultosas, porque estas representam, indubitavelmente, sanção confiscatória, trazendo escólio de

Hugo de Brito Machado e Rui Barbosa Nogueira

Na verdade, não poderia ser de outra forma, pontua. Acrescenta que a atual situação da economia nacional não mais autoriza a cobrança de elevadas taxas de juros e multas moratórias por parte de credores cada vez mais ávidos por recursos financeiros, e a Constituição Federal, no artigo 150, IV, veda a utilização de tributo com efeito de confisco. Ainda que, a rigor, não se pudesse invocar esse dispositivo, por se referir a “tributo” e multa não é tributo (art. 3º CTN), o Plenário do Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia de dispositivo legal que previa multa extorsiva, com fundamento naquela norma constitucional, invocando o julgamento da ADIn 551-1-RJ, Relatado pelo ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 14/02/2003.

Nesse entendimento, assevera que a multa prevista no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96, não se coaduna com o princípio da proporcionalidade, ao estabelecer um percentual bastante elevado de 75%, assumindo inadmissível caráter confiscatório, sendo a Lei 8.383/91, no artigo 59, adota percentual bem mais aceitável, qual seja, 20% (vinte por cento).

No que se refere à utilização da taxa SELIC como juros de mora, aponta que o STJ adotou posicionamento, no sentido de sua admissibilidade para atualização do débito tributário, ressalvada a sua inocorrência e não acumulação com qualquer índice de correção monetária, como se depreende do julgamento do RESP 400.281-SC (2001/0197666-5, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ 08/04/2002).

Requer, ante a todo o exposto pela desconstituição e consequente revisão da infração 01 e pela nulidade das infrações 04 e 05, por terem sido apresentadas todas as razões de sua inconsistência, todavia, caso se entenda não haver elementos suficientes para julgamento, roga realização de diligência e/ou perícia, nos termos do artigo 123, § 3º do RPAF/99 e para tanto, além da documentação colacionada a esta defesa, disponibiliza à fiscalização toda a escrituração e documentos contábeis, se colocando a inteira disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários, cumprimentos de diligências e todo e qualquer ato inerente ao andamento saudável deste procedimento administrativo.

Informação fiscal prestada pelos autuantes às fls. 182 a 188 destaca inicialmente ter o sujeito passivo recebido uma cópia idêntica ao PAF em questão, com todos os elementos que descrevem detalhadamente as seis infrações evidenciadas na ação fiscal, inclusive através dos respectivos enquadramentos legais e multa aplicada, conforme se observa às fls. 01 a 06, bem como foram entregues todos os demonstrativos ao mesmo.

Ressaltam que das seis infrações que compõem o lançamento em questão, apenas as infrações 01, 04 e 05 foram objeto da impugnação cuja pretensão é o cancelamento parcial do lançamento fiscal, conforme consta no pedido à fl. 156, logo as infrações 02, 03 e 06 não são objeto de contestação.

Indicam que ao apresentar o item “DAS INFRAÇÕES APONTADAS PELA FISCALIZAÇÃO”, o Contribuinte passa a apresentar suas alegações, analisando cada infração em um subitem distinto, no entanto, não consegue trazer qualquer argumentação ou prova sólida que desconstitua as infrações perfeitamente caracterizadas e comprovadas neste processo, conforme se vê a seguir.

Para a infração 01, indicam aspectos que não devem passar despercebidos pelos julgadores na análise da questão em tela, que é o fato da Instrução Normativa 27/2009 disciplinar o cálculo a ser feito para apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE, na forma de seu artigo 1º reproduzido, e pela metodologia delineada em tal diploma, o cálculo deve partir do saldo devedor do ICMS apurado no mês, para, com base em ajustes, expurgar os valores referentes a operações não vinculadas e então chegar ao valor da parcela a ser incentivada.

Falam ficar evidente, com base na memória de cálculo apresentada, que se encontra anexada às fls. 25 a 49, que o mesmo procedia ao cálculo de forma inversa, ou seja, ao invés de partir do saldo devedor de ICMS do mês para, com os ajustes, chegar ao valor da parcela incentivada, o que fazia era computar apenas o ICMS das operações que tratava como incentivadas para já totalizar o valor da parcela exposta ao benefício do DESENVOLVE.

Não obstante o fato de que tal metodologia aplicada não implica, obrigatoriamente, em erro, dizem evidente que tal mecanismo traz, como prejuízo, a perda de transparência do cálculo, já que os expurgos deixam de ser explicitados, tendo o cuidado de ao curso da fiscalização refazer os cálculos do ICMS passível de incentivo seguindo rigorosamente a legislação e, especialmente, a IN 27/2009, chegando aos valores constantes no ANEXO 01, fls. 14 a 17. Os dados estão todos suportados por cópias de documentos, livros fiscais, notas eletrônicas e arquivos EFD devidamente autenticados e anexados ao presente processo. Do cotejo entre os valores globais apurados pela fiscalização e aqueles que foram considerados pelo contribuinte é que são originados os débitos constantes na infração 01. Isto significa dizer que tais débitos resultam de um conjunto de equívocos e omissões cometidas pelo Autuado no cálculo da parcela a ser incentivada pelo DESENVOLVE.

Analisando as alegações do Autuado, no tocante à infração, ao declarar às fls. 156 e 157 que “... *O contribuinte durante o período fiscalizado, realizou industrialização de produtos que não estavam inseridos em suas Resoluções de Habilitação ao Programa*” e “*inclusive, sendo os valores relativos ao ICMS tributado nessas operações excluídos dos cálculos de ajustes para apuração do ICMS incentivado. Ressalte-se que o Autuante destacou nos anexos 02 e 03 do presente Auto tais operações*” concluem que tal manifestação em nada o beneficia, já que tal fato não representa qualquer dissonância em relação às evidências trazidas ao processo, relativas ao cometimento da infração 01, que se encontra perfeitamente caracterizada, conforme ANEXOS 01 a 05 do presente Auto de Infração.

Quanto ao fato de à fl. 157, o Autuado demonstrar não ter compreendido a repercussão das exclusões de créditos de ICMS na apuração do ICMS incentivado pelo DESENVOLVE, quando afirma que: “*Considerando o Contribuinte que os valores dos créditos mencionados pelo Autuante, referem-se a valores lançados na apuração no campo ‘outros créditos’, e considerando também que as aquisições de embalagens mencionadas pelo Autuante, referem-se ao crédito presumido devido aos contribuintes no regime de conta corrente fiscal de mercadorias adquiridas de ME e EPP industriais optantes pelo Simples Nacional (base legal art. 269 Inc. X do Decreto 13780/12) e os serviços de transportes se relacionam também com a industrialização e transportes dessas mercadorias, norteado pelo princípio da boa-fé não os considerou como créditos integrantes dos cálculos relativos ao benefício do qual o Contribuinte faz parte...*”.

Asseveram não ter qualquer relevância o fato de serem créditos decorrentes de aquisições junto a EPP ou mesmo aquisições de serviços de transporte. O que importa é que tais créditos, de fato, estão vinculados a operações de saída tributadas e beneficiadas pelo DESENVOLVE.

Observam que a defendant tenta confundir os ilustres julgadores com a ideia de que os créditos em questão estariam vinculados àquela pequena parte das operações envolvendo produtos fora do DESENVOLVE, que se deram somente no exercício de 2012. Deste modo, são trazidos argumentos sem qualquer embasamento, sem qualquer prova, ou mesmo qualquer evidência que possa desconstituir a infração que está perfeitamente caracterizada conforme cópias de documentos, livros fiscais, notas eletrônicas e arquivos EFD devidamente autenticados e anexados ao presente processo.

Dizem que na vã tentativa de defesa sem prova, o autuado descuidou-se de atentar para o fato de que os créditos em questão foram lançados, sistematicamente, em todos os meses dos dois exercícios fiscalizados, ou seja, janeiro de 2012 a dezembro de 2013, conforme fl. 24 deste processo. No entanto, as restritas operações não incentivadas citadas são exclusivas de 2012. Isto evidencia, com clareza, que os créditos referidos não estão vinculados a estas saídas não incentivadas, como pretende convencer o Demandante. Ao contrário disto, os créditos de aquisição de embalagem e de serviços de transporte estão ligados a operações incentivadas pelo DESENVOLVE e não poderiam jamais ter sido excluídos do cálculo da parcela incentivada, sob pena de flagrante prejuízo ao Erário.

Pontuam que devem ser excluídos dos cálculos apenas as operações evidentemente não vinculados às saídas incentivadas o que não é o caso dos créditos relativos a aquisição de embalagens e serviços de transporte tomados para viabilizar a entrega da produção incentivada nos endereços dos clientes e ainda, sem que tenha apresentado qualquer documento que comprove que o cálculo feito pela fiscalização esteja equivocado, ao solicitar a revisão dos cálculos apresentados.

Apontam que à fl. 157 a empresa reconhece que pode ter se equivocado no lançamento, mas insiste em solicitar a revisão dos cálculos sem apresentar qualquer documento ou evidência que comprove que o trabalho da fiscalização pode estar incorreto.

Com relação à multa aplicada dizem que não poderia ser outra se não aquela prevista na Lei 7.014/96, conforme perfeitamente caracterizada neste processo. Por outro lado, o imposto devido não foi integralmente recolhido de forma tempestiva, já que houve erro na apuração da parcela incentivada, conforme apurado nesta infração 01 do presente auto de infração.

Percebem que a metodologia de cálculo adotada pelo Autuado (conforme explicado acima) está em completo desacordo com as normas traçadas pela IN 27/2009, o que resultou nos equívocos que foram apontados no cálculo da parcela incentivada, e que resultaram na infração 01.

Por fim, reiteram que a infração 01 resulta de uma série de equívocos cometidos pelo contribuinte no cálculo da parcela incentivada, sendo que a sua defesa, se limita a contestar a inclusão da parcela de “outros créditos”, sem que tivesse apresentado qualquer documento novo ou evidência que justifique suas alegações ou mesmo a realização de nova diligência. Não foi feita qualquer observação que apontasse objetivamente qualquer erro na planilha de cálculo do DESENVOLVE - Anexo 01 – fls. 14 a 17. Tal planilha foi elaborada em completo atendimento ao disposto na IN 27/2009 e está lastreada em farta documentação anexada ao presente Auto de Infração.

Assim, mantêm integralmente os termos da infração 01, que se encontra vastamente comprovada por meio de demonstrativos, cópias de livros fiscais, documentos, planilhas e arquivos eletrônicos devidamente certificados e autenticados que estão anexados a este auto de infração.

Na infração 04 apontam que fizeram parte do levantamento fiscal desta infração um total de quinze notas fiscais eletrônicas que se encontram devidamente gravadas e anexadas ao presente processo (fl. 146), com certificado de autoria e autenticidade, conforme recibo constante à fl. 145. Além disto, também se encontram anexadas cópias dos respectivos DANFES às fls. 89 a 103.

Quanto ao argumento utilizado na defesa, esclarecem que a planilha anexada que se refere à infração 04 é, em verdade, o ANEXO 08, e não o ANEXO 07 como ali citado e conforme se pode concluir da análise de tal demonstrativo à fl. 88, todas as notas fiscais eletrônicas que estão ali elencadas se encontram com suas respectivas “chaves”, o que permite consultar o sítio da RFB e comprovar que nenhuma delas foi cancelada pelo emitente.

O que se verifica, de fato, é que o contribuinte não nega que tenha deixado de efetuar o devido registro das notas fiscais de entrada no livro fiscal próprio, e, para esta infração, a legislação é muito clara quando prevê a sansão do artigo 42, IX, da Lei Estadual 7.014/96. Desta forma, é completamente imprestável a alegação do defendantem em relação à infração 04, e diante do fato de que não foi apresentada nenhuma prova capaz de desconstituir a infração entendem ser a mesma procedente.

Em relação à infração 05 explicam que fizeram parte do levantamento fiscal um total de trinta e nove notas fiscais eletrônicas que se encontram devidamente gravadas e anexadas ao presente processo (fl. 146), com certificado de autoria e autenticidade, conforme Recibo constante à fl. 145 e além disto, também se encontram anexadas cópias dos respectivos DANFES às fls. 107 a 144.

Tendo o contribuinte repetido nesta os mesmos argumentos apresentados para a infração anterior, dizem que a planilha anexada que se refere a esta infração é, em verdade, o ANEXO 09, e não o ANEXO 08 como citado na defesa. Concluem que da análise de tal demonstrativo às fls. 103 a 105, todas as notas fiscais eletrônicas que estão ali elencadas se encontram com suas respectivas

"chaves", o que permite consultar o sítio da RFB e comprovar que nenhuma delas foi cancelada pelo emitente.

Verificam que o contribuinte não nega o cometimento da infração, sendo clara a legislação é muito clara quando prevê a imposição da multa do artigo 42, XI, da Lei Estadual 7.014/96, sendo completamente imprestável a alegação do defensor trazida aos autos, bem como não foi apresentada qualquer evidencia que justifique a solicitação de realização de nova diligência ou perícia, pelo fato de não apresentar qualquer prova que a desconstitua, uma vez perfeitamente caracterizada e comprovada conforme cópias de notas fiscais e arquivos eletrônicos devidamente autenticados e anexados ao feito, pelo que sustentam a sua procedência.

Quanto às multas aplicadas e a inconformidade da empresa autuada quanto a seus percentuais, frisam que as multas aplicadas decorrem do poder de polícia exercido pela administração tributária pelo não cumprimento de regra de conduta imposta ao contribuinte, não cabendo ao Fisco validar ou não a norma, mas apenas aplicá-la ao caso concreto, estando a multa lastreada na Lei 7.014/96, restando evidente que não ser competência dos mesmos o julgamento das multas aplicadas em decorrência da legislação vigente.

Finalizam reiterando ser a defesa apresentada formada apenas de argumentações vazias, sem qualquer prova, ou mesmo razão concreta que possa ser considerada para desconstituir as infrações apontadas e vastamente comprovadas neste processo.

Observam ainda, ter sido juntado à fl. 177, documento onde a autuada reconhece a procedência das infrações 02, 03 e 06.

Concluem que nenhuma alegação ter sido apresentada em sua peça de defesa deixou de ser atentamente verificada. Do mesmo modo, não houve qualquer fato, documento ou argumento que não tenha sido verificado e considerado, como observado acima, tendo o sujeito passivo em sua defesa, produzido todas as provas que entendeu necessárias e suficientes para alcançar suas pretensões de bem defender-se relativamente às autuações de que trata o presente pois, ao mesmo não foi estabelecido nenhum obstáculo, garantindo seu amplo direito de defesa.

Por fim, ressaltam que, após verificar as fls. 01 a 146, restou comprovado ter o contribuinte recebido cópia do Auto de Infração bem como todos os demonstrativos, levantamentos, documentos e arquivos eletrônicos integrantes do mesmo em 23 de dezembro de 2015, tornando insustentável qualquer alegação de cerceamento de defesa, tendo sido contestadas apenas as infrações 01, 04, e 05.

Ante o exposto, com relação à defesa formulada pelo Contribuinte VALFILM Nordeste Indústria e Comercio de Plásticos LTDA. e acostada às fls. 155 a 175, pedem que o presente Auto de Infração seja julgado integralmente procedente em relação a todas as suas infrações.

Às fls. 191 a 193 constam extratos de recolhimento do contribuinte, referentes às infrações reconhecidas.

Em 19 de dezembro de 2016, o feito foi convertido em diligência (fl. 794) com o fito de que fosse intimada a empresa autuada para apresentar a "Memória de Cálculo" (notas fiscais e valores) que foram objeto dos estornos de débitos e créditos mensais realizados quando da apuração do imposto por ele feito (em todos os meses e exercícios) e de posse da mesma como requerida, analisassem se nelas estavam incluídas operações que foram objeto dos ajustes de créditos e débitos realizados na ação fiscal (Planilhas de fls. 18/23).

Havendo coincidência, excluísssem tais valores do "Cálculo do Saldo Devedor de ICMS Passível de Incentivo e ICMS Recolhido a Menor" - fls. 14/17, o refazendo, fornecendo ao autuado, mediante recibo, cópia da diligência e de todas às informações que contidas nos autos, com prazo de dez dias para eventual manifestação, que em ocorrendo, deveria retornar aos autuantes para pronunciamento a respeito.

Em cumprimento a tal determinação, às fls. 198 a 201 os autuantes de manifestam, indicando que conforme documentos às fls. 25 a 49 do presente processo, o sujeito passivo apresentou a memória de cálculo que serviu como base para os ajustes de créditos e débitos por ele realizados

no cálculo do DESENVOLVE de cada mês, razão pela qual deixaram de intimar o mesmo conforme pedido na diligência.

Quanto ao pedido requerido no item 2 da mesma, esclarecem que o ajuste efetuado por esta fiscalização atendeu ao disposto na Instrução Normativa 27/09, não tendo sido a mesma observada pelo Autuado.

Para melhor elucidação indicam como exemplo a apuração do mês de dezembro de 2013. Na planilha que consta à fl. 17, coluna de referência “dez/13” (última coluna à direita) encontra-se o valor inicial “A SALDO DEVEDOR CONF. LRA (SAM)” de R\$2.342.634,63, que se trata do saldo devedor de ICMS apurado no mês, extraído do Livro de Apuração do contribuinte, conforme se confirma no espelho da EFD (Escrituração Fiscal Digital) à fl. 75, campo “valor do saldo devedor”.

Voltando à planilha da fl. 17, logo abaixo do valor do saldo devedor, mostram os “ajustes débitos não vinculados”, iniciando pelo CFOP 5102, que apresenta o valor de R\$16.600,78, sendo tal valor correspondente ao total de ICMS nas operações de saída com CFOP 5102, conforme se comprova no espelho da EFD à fl. 76-A, sendo necessário somar o ICMS da linha 2 (R\$13.805,98) com o da linha 17 (R\$2.794,80), totalizando R\$16.600,78.

Pela mesma sistemática foi encontrado o total de R\$271,76, que corresponde ao CFOP 6102, e que foi lançado na planilha da fl. 17 logo abaixo do valor correspondente ao CFOP 5102. Ainda na planilha à fl. 17, logo em seguida, encontra-se lançado o valor do DIFAL, que foi obtido do livro de Apuração, conforme espelho da EFD à fl. 75, campo “outros débitos - ocorrências não especificadas anteriormente - ICMS DIFAL” no total de R\$5.213,83. Estes ajustes asseveram ser referentes a “débitos não vinculados” são então somados na linha “B TOTAL 1 (DNVP)” resultando no valor de R\$22.086,37.

De modo análogo, dizem serem identificados e somados os ajustes de créditos não vinculados resultando na linha “C TOTAL 2 (CNVP)”, que, para o mês em questão (dez/13) tem valor zerado. De posse dos totais A, B e C, conforme acima, seguindo orientação expressa da IN 27/09, encontra-se o saldo devedor passível de incentivo (SDPI) = (A)-(B)+(C), que totaliza R\$2.320.548,26.

Conforme Resoluções 26/2006 e 48/2011, que conferem o benefício do Desenvolve à empresa, a mesma faz jus à diliação de prazo conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, ou seja, 90%. Assim, o valor a ser dilatado representa 90% do SDPI, resultando em R\$2.088.493,43 e o ICMS Normal a recolher equivale à diferença entre o Saldo Devedor do mês (A) e o valor a ser dilatado encontrado acima.

Para finalizar, apontam ter feito o cotejo entre o valor do ICMS normal que deveria ter sido recolhido, resultante da aplicação do benefício do Desenvolve, bem como dos cálculos previstos na IN 27/09 (R\$254.141,20), e o valor que foi apurado pelo contribuinte, que se encontra indicado à fl. 75, no espelho do Livro de Apuração, ou seja, R\$234.963,62. À fl. 81 pode-se ainda confirmar na relação de DAEs recolhidos que foi este o valor pago em 09/01/2014, com referência a dez/2013.

Deste modo apontam o resultado de R\$19.177,58 é a diferença que deixou de ser recolhida ao Erário.

A análise da memória de cálculo do Autuado apresentada à fl. 49 permite concluir que, em resumo, a divergência encontra-se nos saldos devedores de ICMS passível de incentivo (SDPI), já que o Defendente calculou R\$2.341.856,68 e a fiscalização, aplicando a IN 27/09, chegou ao valor de R\$2.320.548,26.

Ressaltam que, na memória apresentada pelo Contribuinte à fl. 49, ao lado do total referente a CFOP 6101, encontra-se grafado “nf Laminados”, no entanto, nenhum ajuste foi feito em relação a operações com Laminados. Para comprovar isto, indicam a checagem do Livro de Apuração, à fl. 76-A, que a soma das operações com CFOP 6101 equivale ao ICMS de R\$2.143.217,90, o que mostra que não houve qualquer ajuste neste valor. E não poderia ser diferente, já que não houve operações com Laminados em todo o exercício de 2013, conforme apontado ao final da fl. 184, na

Informação Fiscal. Da mesma forma, ao lado do total referente ao CFOP 2101 encontra-se grafado "(-) nf Terphane", no entanto, nenhum ajuste foi feito em relação a operações com Terphane.

Para comprovação, falam bastar se checar no Livro de Apuração, à fl. 76, que a soma das operações com CFOP 2101 equivale ao ICMS de R\$205.003,23, o que mostra que não houve qualquer ajuste neste valor. E também não poderia ser diferente, já que não houve operações com a Terphane em todo o exercício de 2013, conforme haviam apontado ao final da fl. 184, na Informação Fiscal. Neste sentido, está demonstrado que tanto o Autuado quanto a Fiscalização procederam da mesma forma em relação ao tratamento dado às operações não incentivadas com Terphane e Laminados.

Tal conclusão prevalece tanto para 2012 quanto para 2013, à exceção da falta de inclusão da Nota Fiscal 13.051 referente a janeiro de 2012 na apuração feita pelo Demandante. Tal omissão foi prontamente reconhecida pelo preposto da Autuada, à época da fiscalização, em contato telefônico, e se encontra bem identificada à fl. 21 do processo, podendo ser comprovada pela análise da EFD, também anexada conforme fl. 145 e 146.

Voltando à divergência verificada no SDPI calculado, concluem da memória de cálculo apresentada pelo Contribuinte anexada à fl. 49 é que o mesmo não incluiu no cálculo do SDPI os valores relativos a créditos que foram tomados por ele, de forma englobada, na rubrica “Outros Créditos” direto no Livro de Apuração do ICMS. Conforme se observa no espelho da EFD à fl. 75, foi tomado um crédito no valor de R\$21.774,01, cuja descrição dada pelo próprio Demandante foi “OUTROS CRÉDITOS - OCORRÊNCIAS NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE - ICMS - AQUISICAO EMBALAGENS SIMPLES NACIONAL R\$ 9.310,40- SUBSTITUICAO TRIBUTARIA TRANSPORTE - DEZ-2013 R\$ 9013,64- COMPLEMENTO CREDITO SUBST TRANSP-NOV-2013 R\$ 3449,97”.

Indicam que outras diferenças de menor montante referem-se ao fato do Autuado não ter incluído nos débitos incentivados os valores relativos aos CFOPs 6910 (R\$106,28) e 6911 (R\$359,31). Estas últimas observações contam a favor do Contribuinte. Portanto, está perfeitamente identificada a origem da divergência entre os SDPIs calculados pela Fiscalização e pelo Autuado, que remonta à diferença entre R\$2.341.856,68 (Autuado) e R\$2.320.548,26 (Fiscalização) que é de R\$21.308,42. Este montante decorre da não inclusão do crédito de R\$21.774,01 (outros créditos) e dos débitos de R\$106,51 (CFOP 6910) e R\$359,31 (CFOP 6911), já que, subtraindo-se de R\$21.774,01 os valores R\$106,51 e R\$359,31 obtiveram R\$21.308,42.

Observam que as pequenas divergências decorrentes da não inclusão dos CFOPs 6910 e 6911 não concorreram para o aumento do valor da infração 01, ou seja, tiveram resultado favorável ao Contribuinte.

A mesma dinâmica de cálculo foi feita para os demais meses dos exercícios 2012 e 2013, dizem, chegando aos resultados apontados no ANEXO 01 às fls. 14 a 17. Os valores ali contidos foram extraídos, da mesma forma, dos livros fiscais, documentos, planilhas e arquivos eletrônicos que se encontram devidamente anexados a este auto de infração, sendo importante ressaltar a necessidade da leitura dos arquivos eletrônicos da EFD que se encontram autenticados com “impressão digital” calculada pelo padrão internacional MD5, conforme fl. 145, servindo como meio de prova.

Deste modo, concluem que, na parcela de valor de maior montante, o foco da autuação na infração 01, restringe-se ao tratamento que foi dado aos créditos tomados direta e englobadamente no Livro de Apuração, referentes à aquisição de material de embalagem e contratação de serviços de transporte na apuração do SDPI do Desenvolve. A relação destes créditos encontra-se no ANEXO 04 à fl. 24. No caso, entendem que tais créditos jamais poderiam ser excluídos do cálculo do SDPI, já que a aquisição de embalagem usada na produção não pode ser tratada como operação desvinculada da saída do produto acabado.

Da mesma forma, conforme estabelecido na própria IN 27/09, item 2.2.12, no caso de indústrias, a aquisição de serviço de transporte não pode ser considerada como não vinculada à produção. Não teria qualquer sentido a exclusão desses créditos nestas circunstâncias. Demais diferenças

resultam da não aplicação da IN 27/09 por parte do Contribuinte, tendo sido desconsiderados CFOPs de valores de menor montante, bem como da não inclusão da Nota Fiscal 13.051 nos ajustes referentes a janeiro de 2012, conforme apontado anteriormente, pontuam.

Quanto ao pedido do item 3 da diligência, informam que, conforme entendem, inexiste razão para o refazimento dos cálculos apresentados no ANEXO 01. Não foi apresentada, pelo contribuinte, qualquer prova que desconstitua a infração perfeitamente caracterizada neste processo.

Por tudo acima exposto, com uso exclusivo de elementos e peças que são partes integrantes deste processo, entendem demonstrada a forma zelosa e criteriosa com que cuidaram de calcular os valores devidos pelo Autuado na infração 01, em estreito atendimento às diretrizes da IN 27/09.

Assim, após a resposta aos itens 1 a 3 da diligência solicitada pela 4^a JJF, com os esclarecimentos apresentados, esperam ter contribuído para a melhor elucidação dos fatos que resultaram na infração 01, com foco nas questões alusivas ao recolhimento a menor do tributo em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE, frisam.

Mantêm, assim, integralmente, os termos da Informação Fiscal, conforme fls. 182 a 188 e ratificam o pedido para que se julgue integralmente procedente o presente Auto de Infração.

Devidamente científica acerca das conclusões da diligência realizada, na forma dos documentos de fls. 203 e 204, a empresa autuada não se manifesta.

Tendo em vista a aposentadoria da relatora designada originalmente para o processo, foi o mesmo redistribuído.

VOTO

O lançamento constitui-se em seis infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação, ainda que parcial por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

As infrações 02, 03 e 06, não tendo sido impugnadas pelo sujeito passivo, são tidas como procedentes, estando, pois, fora da lide.

Remanescem, entretanto, as infrações 01, 04 e 05 a serem apreciadas.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado na peça defensiva, especialmente em relação às infrações 04 e 05, não o acolho como solicitado na peça mencionada, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia, simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Impede dizer-se, que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo

para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ressalte-se que a diligência e/ou perícia, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido da inexistência de cerceamento de defesa, ante à negativa de tal pedido, a exemplo da decisão abaixo transcrita, oriunda do STJ:

"AGRADO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.

2. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente convencido pelas conclusões a que chegou o perito. A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

Processo: AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1

Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Julgamento: 12/05/2015

Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA

Publicação: DJe 18/05/2015"

Os elementos constantes nos autos são suficientes para o pleno convencimento do julgador e o deslinde da questão, nos termos do artigo 147, incisos I, alínea “a” e II, alínea “a” do RPAF/99, o que, da mesma forma, concorre para tal indeferimento, restando em relação à infração 01, o pedido prejudicado, pelo fato da relatora anterior ter convertido o feito em diligência aos autuantes, com tal finalidade.

Para a infração 01, a defesa se estriba no fato de ter segundo a fiscalização, recolhido a menor o imposto devido diante de erros na sua apuração, frente à formulação contida na Instrução Normativa 27/09, a qual 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).

A própria empresa admite ter realizado industrialização de produtos que não estavam inseridos em suas Resoluções de Habilitação ao Programa, inclusive, os valores relativos ao ICMS tributado nessas operações, teriam sido excluídos dos cálculos de ajustes para apuração do ICMS incentivado, esclarecendo que os valores dos créditos mencionados na autuação se referem

àqueles lançados na apuração no campo “outros créditos”, e considerando também que as aquisições de embalagens mencionadas, dizem respeito ao crédito presumido devido ao contribuinte no regime de conta corrente fiscal de mercadorias adquiridas de ME e EPP industriais optantes pelo Simples Nacional (base legal artigo 269, inciso X do Decreto 13.780/12) e os serviços de transportes se relacionam também com a industrialização e transportes dessas mercadorias, norteado pelo princípio da boa-fé, não os considerou como créditos integrantes dos cálculos relativos ao benefício do qual participa, pois conforme a própria norma dispõe, deverão ser excluídos dos cálculos a parcela do imposto de operações que não estão enquadradas no benefício.

Requer a revisão dos cálculos apresentados pela fiscalização, considerando a exclusão das parcelas referentes às aquisições das embalagens, assim como as prestações de serviços de transportes dessas mercadorias não alcançadas pelo incentivo, e ainda que tenha ocorrido lançamento equivocado, em apelo à coerência e razoabilidade, a fiscalização poderia facilmente constatar, garantindo não ter agido com dolo ou má fé.

Os autuantes se posicionam no sentido de que o sujeito passivo, ao calcular o montante incentivado, procedia ao cálculo de forma diversa daquela prevista na legislação, ou seja, ao invés de partir do saldo devedor de ICMS do mês, para com os ajustes chegar ao valor da parcela incentivada, computava apenas o ICMS das operações que tratava como incentivadas, para já totalizar o valor da parcela exposta ao benefício do DESENVOLVE, o que a princípio não implicaria obrigatoriamente em erro, apenas trazendo como prejuízo num primeiro momento a perda de transparência do cálculo, já que os expurgos deixam de ser explicitados, tendo o cuidado de ao curso da fiscalização refazer os cálculos do ICMS passível de incentivo, seguindo rigorosamente a legislação e especialmente a IN 27/2009, chegando aos valores constantes no ANEXO 01, fls. 14 a 17, decorrente de equívocos e omissões cometidas pela empresa, ao calcular a parcela a ser incentivada pelo DESENVOLVE.

A primeira relatora, em sede de diligência, solicitou esclarecimentos aos autuantes, os quais em atendimento a tal acrescentaram que a memória de cálculo foi apresentada pela própria empresa, tendo os cálculos do imposto devido atendido ao disposto na Instrução Normativa 27/09, ao contrário do procedimento da autuada.

Passam a seguir a explicar que somente consideraram as operações amparadas pelas Resoluções 26/2006 e 48/2011 do conselho deliberativo do programa Desenvolve, considerando apenas os produtos ali contidos e incentivados, motivo pelo qual não consideraram as operações com os produtos “laminados” e “terphane”, vez que não abarcados pelas mesmas, ou seja, não são produtos incentivados.

Falam ainda a respeito dos créditos relativos à contratação de prestações de serviços de transporte e àqueles relativos a materiais de embalagem, esclarecendo que não poderiam ser excluídos dos cálculos, tal como procedido pela empresa, por se relacionarem com a produção de produtos sujeitos ao incentivo fiscal.

Dizem ainda que todos os dados foram extraídos dos livros e documentos apresentados, estando de posse do contribuinte.

Não houve manifestação em relação à informação contida na diligência, por parte do contribuinte.

Analizando os elementos e dados contidos nos autos, especialmente as planilhas elaboradas pelos autuantes, bem como os argumentos e elementos trazidos pela defesa, constato que a mesma se apresenta como genérica e ampla, apenas abordando de forma específica as contratações de serviços de transporte e aquisições de material de embalagem, ao passo que em relação a outros possíveis e eventuais equívocos cometidos pelo fisco, apenas pede a realização de diligência, sem especificar qualquer elemento que poderia propiciar a adoção de tal prática, embora a relatora original tivesse demandado tal realização.

Fato é que os elementos que serviram de base para o lançamento, se basearam nos dados, elementos e informações disponibilizados pelo sujeito passivo à fiscalização.

Em relação ao fato de ter excluído as contratações de serviços de transporte, mister se faz destacar que o conteúdo da Instrução normativa 27/09, de 02 de junho de 2009, especifica que o cálculo da parcela incentivada será realizado através da equação SDPI = SAM – DNVP + CNVP, na qual SDPI é o saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE, SAM vem a ser o saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo), DNVP os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado e CNVP seriam os créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.

Comprovado que as operações com material de embalagem e contratação de serviços de transporte vinculados aos produtos incentivados, na forma das Resoluções ativas, evidentemente tais valores deveriam compor a fórmula para apuração do valor incentivado, o que não foi atendido pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, verifico que os produtos “laminados” e “terphane”, por não se encontrarem com previsão nas resoluções para obter qualquer tipo de incentivo em relação ao desenvolve, as operações com eles realizadas não podem ser computadas para o cálculo da parcela de ICMS incentivada, com o que agiram acertadamente os autuantes.

Quanto aos demais valores aplicados no cálculo dos valores incentivados pelo fisco, não foram contestados de maneira pontual ou específica, razão pela qual, passível de aplicação o teor dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, segundo os quais 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, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente.

Além disso, tendo sido realizada a diligência solicitada pela então relatora, na qual os autuantes esclareceram de forma clara e definitiva os procedimentos adotados para a consecução da autuação, a empresa autuada não contestou qualquer elemento da mesma, diante dos esclarecimentos prestados pelos autuantes, o que depõe contra seus argumentos.

Aliás, na peça de defesa apresentada, a própria autuada considera a possibilidade de “ainda que tenha ocorrido lançamento equivocado”, invocando a ausência de má fé, intenção ou dolo, que na forma da legislação são fatos irrelevantes para a configuração da infração, exceto apenas para a qualificação da conduta e o agravamento da multa imposta, o que não é o caso presente.

Por tais razões, mantendo o lançamento nos valores originais, sendo a infração julgada procedente.

Abordarei de forma conjunta as infrações 04 e 05, que em essência se tratam da mesma matéria, qual seja, a falta de registro nos livros fiscais próprios de notas fiscais, com imposição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

A tese defensiva é a de que tais documentos teriam sido cancelados pelos emitentes, sendo necessária a realização de diligência no sentido de esclarecer a matéria, argumento já analisado anteriormente.

Já os autuantes, acostam em sede de informação fiscal, documentos, segundo os quais, todos os documentos fiscais eletrônicos arrolados no demonstrativo da infração estavam na situação de “autorizados”, sem qualquer cancelamento, o que desmonta a argumentação da defesa.

Fato é, que a empresa autuada não conseguiu desconstituir a acusação, sendo que a falta de escrituração de notas fiscais nos respectivos livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS, além de causar dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso é aplicada multa, conforme estabelece

o artigo 42, incisos IX e XI da Lei 7.014/96, haja vista o interesse do Estado em manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a não escrituração dos documentos fiscais impede o pleno exercício de tal controle.

A multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual. Todavia, sendo o objeto do Auto de Infração a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória, em verdade, lançamento datado de 21 de dezembro de 2015, época na qual não mais vigia a seguinte redação para o artigo 42 da Lei 7.014/96, a qual determinava:

“IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”.

Tal redação foi alterada pela promulgação da Lei 13.461, de 10 de dezembro de 2015, publicada no Diário Oficial do Estado de 11 de dezembro de 2015, com efeitos a partir desta data, a qual estabeleceu a seguinte redação para o mesmo dispositivo legal:

“IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”.

Por tal alteração, a partir de tal data, na prática, a penalidade por falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais, independentemente do fato de serem tributadas ou não, ou ainda com tributação encerrada, comporta a mesma multa: 1% sobre o valor comercial da mercadoria.

Fato é, que passou despercebido dos autuantes tal alteração na quantificação da infração 04, o que motivou que aplicassem a multa anteriormente vigente, ao invés do Inciso IX, do artigo 42 da Lei 7.014/96, alterado pela Lei 13.461/15, já mencionada anteriormente, que passou a produzir efeitos a partir de 11 de dezembro de 2015, a qual determinou a imposição de multa no percentual de 1% sobre o valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação, que tenham entrado no estabelecimento ou por ele utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, atendendo tal retificação ao disposto no artigo 106 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que a lei aplica-se a ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, reduzo a penalidade para 1% do valor inicialmente lançado, resultando em valor de R\$1.3781,87 para a infração 04, mantido o valor originalmente lançado para a infração 05, qual seja, R\$35.769,37.

Isso pelo fato de diante da regra contida no artigo 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, segundo a qual a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim, diante do fato de que a alteração proporcionada à Lei 7.014/96 ser mais benéfica para o contribuinte, de ofício, aplico a redução decorrente da nova redação daquele dispositivo legal, e voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado procedente no valor acima indicado, com adequação da penalidade à nova redação constante na Lei.

Na infração 05, cujos argumentos de impugnação foram os mesmos utilizados para a infração anterior, exceto a adequação do percentual de multa, nada há mais o que se comentar, cabendo a aplicação dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, os quais determinam que 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 e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente.

Isso diante do fato de os autuantes terem acostado ao feito cópias dos documentos fiscais que originaram a autuação, podendo o contribuinte ter contatado com os respectivos emitentes a fim de verificar a situação de cada documento de *per si*, o que não consta dos autos, se limitando à

defesa a mera negativa do cometimento das infrações, o que conduz para a procedência das mesmas.

Frente ao argumento de que as multas teriam natureza confiscatória e deveriam ser reduzidas pelo julgador, em primeiro lugar, esclareço que as multas por descumprimento de obrigação principal não podem ser reduzidas por esta instância administrativa, a qual somente possui competência para a redução ou cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória, na forma do § 7º, do artigo 42 da Lei 7.014/96, o que me impede de acolher tal pedido.

No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como “exorbitante” da multa sugerida (60%), observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, o de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “*jus imperium*”.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “*nem todo tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei*”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “*O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexsistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei*”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº. 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, menciono decisão do STF através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral’.

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.

Esclareço que a multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto.

Da mesma forma, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, descabe não somente aplicação de multa de natureza de descumprimento de obrigação acessória, ou a sua redução ou afastamento, conforme solicitado, nos termos do artigo 42, § 7º da Lei 7.014/96, que diz respeito apenas à multa por obrigação acessória.

Em relação à taxa SELIC, em que pese o entendimento da empresa autuada e a dissertação a respeito, inclusive com inserção de decisão do STJ datada do ano de 2002, que não reflete o entendimento majoritário e predominante do Poder judiciário, vez que a matéria já tem o entendimento pacificado, sendo amplamente aceita a sua cobrança, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à vista de várias decisões no sentido de que a taxa SELIC pode ser aplicada para atualização de débitos tributários. Como exemplo, cito decisão do ministro do STF Marco Aurélio Melo ao abordar esta questão, assim decidiu:

AI 760894 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 02/12/2010.

No que tange à taxa SELIC, dispõe o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional (CTN):

“Art. 161 do CTN: O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês (...)"

A taxa SELIC compreende correção monetária e taxa de juros reais, não tendo qualquer natureza remuneratória, mas representa apenas o custo que a Fazenda tem para captar recursos no mercado.

Ademais é pacífica orientação do STJ no sentido de que o artigo 161, §1º, do CTN, autoriza a previsão por lei diversa dos juros moratórios, o que permite a adoção da taxa SELIC, não havendo falar em ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal.

Dessa forma, fica demonstrado que a Corte Maior da justiça pátria aceita a aplicação da taxa SELIC nos débitos tributários, esquivando-se de apreciar a sua constitucionalidade, por entender que a matéria é de natureza infraconstitucional, não havendo ofensa a princípio constitucional, conforme explicitado no voto acima mencionado, nada mais nos cabe argumentar ou acrescentar

à discussão, senão concluir pela coerência e base legal do procedimento da Fazenda Pública Estadual.

Frente aos argumentos que eventualmente envolvam questões relativas à constitucionalidade, nos termos do artigo 167, inciso I do RPAF/99, este Órgão não possui a devida competência para tal análise, consoante bem lembrado pela defesa.

Relativamente à menção da Lei nº 9.430/96, esclareço que tal diploma dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências, não tendo qualquer aplicação em relação aos fatos aqui tratados, ao passo que a Lei 8.383/91, veio a instituir a Unidade Fiscal de Referência, alterar a legislação de imposto de renda e adotar outras providências, de igual forma, sem vinculação com os fatos do lançamento presente.

Frente às decisões judiciais mencionadas como paradigmas pela defesa, esclareço que as mesmas, além de não serem vinculantes, foram devidamente contrapostas por aquelas outras mencionadas no presente voto, além do que, no caso, vigora o princípio do livre convencimento do julgador, princípio do processo administrativo tributário, razão pela qual deixo de acolhe-las.

Por tais argumentos, julgo o lançamento procedente, com a adequação da multa na infração 04, resultando o valor devido no quadro abaixo indicado:

INFRAÇÃO 01	R\$ 576.082,99
INFRAÇÃO 02	R\$ 310,97
INFRAÇÃO 03	R\$ 5.564,32
INFRAÇÃO 04	R\$ 1.371,87
INFRAÇÃO 05	R\$ 35.769,37
INFRAÇÃO 06	R\$ 460,00
TOTAL	R\$ 619.559,52

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269190.0112/15-0**, lavrado contra **VALFILM NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$581.958,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$37.601,24**, previstas nos incisos IX (com redução da multa em obediência à Lei nº 13.461/2015), XI e XX do mesmo artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo o Órgão competente homologar os valores recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA