

A. I. Nº - 269194.0003/18-2
AUTUADO - ETERNIT S/A.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOSA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0182-01/18

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Restou comprovado que o sujeito passivo na apuração do benefício fiscal de dilação do prazo para recolhimento do imposto considerou, equivocadamente, como fazendo parte do item CNVP - *créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado* - o CFOP 1604 - *Lançamento do crédito relativo à compra de bem para o ativo imobilizado* -, já que esta aquisição está vinculada ao projeto incentivado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 07/06/2018, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$2.376.011,91, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *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 do Estado da Bahia – Desenvolve*. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 128 a 143). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação. Observa que a infração foi fundamentada nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 e 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02, que tratam de maneira genérica sobre o diferimento do lançamento e dilação do prazo de pagamento do ICMS relativo às aquisições realizadas de bens destinados ao ativo fixo por contribuintes habilitados no Programa DESENVOLVE, como é o seu caso.

Salienta que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são limitações à discricionariedade administrativa, para assegurar que os atos da Administração Pública sigam padrões comuns da sociedade e não critérios pessoais do administrador. Alega que referidos princípios não foram observados na autuação, bem como não foram observados os artigos 20 e 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que determinam a necessidade de motivação na autuação, bem como que o trabalho fiscal identifique detalhadamente a fundamentação que justifique as condutas supostamente praticadas pela empresa.

Diz que devem ser indicadas as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, para garantir que a empresa sofra excessiva cobrança como ocorre no presente caso.

Sustenta que calcula corretamente as deduções, que são de mesmo valor que o ICMS dilatado, o qual corresponde a parcela excedente do Programa DESENVOLVE, menos o incentivo de 90% conferido pelo referido programa.

Esclarece que para calcular a parcela excedente do Programa DESENVOLVE determina o valor da diferença entre o total de débitos das operações incentivadas e o total de créditos de ICMS das operações incentivadas.

Assinala que entre os créditos de ICMS das operações incentivadas, realizou o lançamento de crédito referente a ativo imobilizado, que não foi reconhecido pelo autuante, fazendo com que os

valores devidos a título de ICMS, apurados por ele para o exercício de 2014 a 2016 fossem maiores.

Assevera que o Protocolo de Intenções assinado com o Governo do Estado da Bahia concedeu à empresa alguns direitos, entre eles, a possibilidade de diferimento do ICMS nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos na Bahia e destinados ao ativo fixo a e diferimento do ICMS nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.

Diz que como a máquina foi adquirida para integrar o ativo permanente da empresa, o artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96 determina que o direito ao crédito fiscal é automático. Acrescenta que a partir do mês de julho de 2010, foi instituído o Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente ("GAP"), que conferiu a todos os contribuintes do ICMS a possibilidade de creditar-se nas aquisições de bens destinados ao ativo permanente.

Afirma que assim sendo, a apuração da base de cálculo do ICMS conforme o benefício concedido pelo Programa DESENVOLVE, também levou em consideração a sistemática de apuração do "GAP", que divide o valor referente ao crédito do ICMS em 48 vezes, lançando 1/48 avos do crédito mensalmente, conforme Ajuste SINIEF 08/97.

Aduz que subsidiariamente, caso os julgadores entendam que o cálculo aplicado pela empresa foi realizado de forma incorreta, verifica-se nas planilhas de cálculos enviadas juntamente com o Auto de Infração, que o trabalho fiscal deixou de contabilizar em todos os meses autuados a diferença a recolher (ICMS DESENVOLVE) como dedução ao valor da diferença a recolher (ICMS Normal).

Afirma que desse modo, o presente Auto de Infração não pode prosperar, sendo imperioso que se dê total procedência à Impugnação para fins de anular a autuação ou, subsidiariamente, contabilizar o valor recolhido a título de ICMS DESENVOLVE no cálculo da diferença a recolher do ICMS normal, pelos motivos que apresenta.

Alega o devido recolhimento do ICMS sobre a parcela sujeita à dilação de prazo.

Consigna que a acusação fiscal é de que a empresa não determinou corretamente o valor da parcela de ICMS sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE, tendo como fundamento os artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205, cuja redação reproduz. Observa que o Protocolo de Intenções (doc. 3) firmado entre a empresa e o Governo do Estado da Bahia estabelece o compromisso dos signatários, em especial o compromisso da empresa de ampliar a unidade industrial para produção de telhas e outros artefatos de fibrocimento no Estado da Bahia.

Acrescenta que entre as cláusulas estipuladas no Protocolo de Intenções, a cláusula terceira trata da dilação de prazo para pagamento do imposto devido. Reproduz a referida cláusula.

Alega que o autuante entendeu que a empresa, equivocadamente, considerou na apuração do ICMS dos exercícios de 2014 a 2016 valores referentes a créditos de bens de ativos imobilizados, que não se aplicariam à situação em razão do que estabelece o artigo 2.2.18 da Instrução Normativa nº 27/09 da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, contudo, tal argumento não merece prosperar.

Observa que o Protocolo de Intenções gerou a Resolução nº 106/2010, ratificada pela Resolução nº 134/2010 (doc. 4 e 5, respectivamente), que habilitou a empresa no Programa DESENVOLVE, concedendo o benefício do diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação, nas operações de importações de bens do exterior; nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado; e nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.

Registra que logo depois, foi publicada a Resolução nº 154/2010 (doc. 6) que habilitou ao Programa DESENVOLVE o projeto de ampliação da empresa para produção telhas de fibrocimento, concedendo o prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS

relativo às operações próprias.

Acrescenta que a Secretaria do Estado da Bahia (sic) já reconheceu, através do Parecer Final do Processo nº 13085720115 (doc. 7), que a empresa é beneficiária da dilação do prazo de pagamento do ICMS e que o cálculo de apuração do ICMS realizado, bem como o tratamento dado aos créditos e débitos está de acordo com a Instrução Normativa nº 27/2009.

Afirma que desse modo, a empresa tem toda a documentação que comprova sua regular habilitação no Programa DESENVOLVE, portanto, inexistindo impedimentos para que usufrua de todos os benefícios concedidos.

Esclarece que em 2010 adquiriu uma máquina para integrar seu ativo permanente e, automaticamente, por força do artigo 20 da Lei Complementar nº 87/96, como contribuinte do ICMS, possui direito a crédito referente as aquisições de bens destinados ao ativo permanente. Observa que no CIAP, o valor referente ao crédito do imposto de ICMS é dividido em 48 vezes, creditando-se apenas de 1/48 (um quarenta e oito avos) por mês, sendo, portanto, a base de cálculo encontrada pela empresa.

Salienta que assim sendo, a apuração do ICMS realizada pela empresa levou em consideração os incentivos do CIAP e do DESENVOLVE descritos.

Conclusivamente, diz que resta evidente que tem o direito de lançar os créditos oriundos da aquisição de bens para o ativo imobilizado nas operações de importações de bens do exterior; nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado e nas aquisições de bens em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.

Prosseguindo, reporta-se sobre a dedução da parcela recolhida a título de ICMS DESENVOLVE.

Consigna que, subsidiariamente, caso os julgadores entendam que o cálculo aplicado pela empresa não foi realizado de forma correta, verifica-se nas planilhas de cálculos enviadas juntamente com o Auto de Infração, que o trabalho fiscal deixou de subtrair em todos os meses autuados a diferença a recolher do ICMS DESENVOLVE do valor da diferença a recolher do ICMS Normal.

Alega que o trabalho fiscal reconhece em seus cálculos, que a empresa arcou com uma parcela do ICMS DESENVOLVE superior a parcela devida caso seja aplicado o cálculo efetuado pelo autuante, sendo assim, não é razoável permitir-se que esta diferença apurada não seja deduzida do valor apurado como devido no respectivo mês autuado.

Acrescenta que isso porque, os comprovantes de recolhimento do ICMS de 2014 (doc. 8), 2015 (doc. 9) e 2016 (doc. 10) comprovam que a empresa recolheu a parcela do ICMS DESENVOLVE em um valor superior ao ICMS DESENVOLVE calculado como devido pelo trabalho fiscal.

Apresenta, como exemplo, o valor exigido atinente ao mês de janeiro de 2014. Observa que o autuante aponta que deveria ter sido recolhida a parcela do ICMS DESENVOLVE no valor de R\$56.990,30, contudo, foi recolhida uma parcela de R\$64.419,43. Afirma que a diferença de R\$7.429,13 foi efetivamente recolhida, sendo necessário, portanto, deduzi-la da diferença a recolher do ICMS normal calculada pelo autuante. Alega que do contrário, a Fazenda do Estado da Bahia estaria impondo o pagamento em duplicidade desta diferença apurada com relação a parcela do ICMS DESENVOLVE já recolhida.

Ressalta que esta situação se repete em todos os meses autuados, sendo óbvio que não poderá ser obrigado a recolher valores que não são devidos, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado.

Salienta que a diferença a recolher do ICMS DESENVOLVE, apontada pelo autuante nas planilhas que acompanharam o Auto de Infração em questão, não foi deduzida do valor apontado como diferença a ser recolhida pela empresa, restando evidente que o valor total autuado é R\$236.596,30 superior ao valor supostamente devido pela empresa, devendo esta diferença ser deduzida da autuação.

Continuando, reporta-se sobre a abusividade da multa aplicada. Alega que a multa imposta prevista no artigo 42, II, alínea "f" da Lei nº 7.014/1996, tendo em vista o elevado percentual, não há como se negar o seu caráter confiscatório e restritivo. Neste sentido, invoca e reproduz o artigo 150, IV da Constituição Federal.

Observa que o *caput* do referido artigo constitucional estabelece que a Administração Tributária, deverá respeitar não só os princípios estabelecidos naquele dispositivo, como também as garantias asseguradas ao contribuinte, existentes nas demais disposições da Constituição Federal. Registra que o Supremo Tribunal Federal entende que as multas elevadas também têm caráter confiscatório, como é o caso de uma multa de 60%. Neste sentido, reproduz excertos das decisões: (Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 882.461 - MG. Relator Ministro Luiz Fux. Data de Julgamento: 16.04.2015; AgR ARE: 851059 RN. Relator: Min. Roberto Barroso. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Data de Julgamento: 01/03/2016; Recurso Extraordinário n- 935.324. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 15/02/2016. Publicado em 29/02/2016).

Salienta que entre tais garantias, destaca-se o direito de propriedade preconizado no artigo 5º da Constituição Federal e que assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional a prerrogativa de não terem seu patrimônio dilapidado sem prévia indenização, ou, quando da atuação dos agentes tributários, sem a existência de arrecadação extremada, salvo em situações excepcionais onde for permitido o caráter extrafiscal do tributo, o que não corresponde à situação em tela.

Conclusivamente, diz que desse modo, é imperioso que seja julgada nula a multa aplicada, em razão do seu caráter evidentemente confiscatório.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a improcedência do Auto de Infração ou, que ao menos seja determinado novo cálculo do valor devido em virtude do direito à dedução do valor de R\$236.596,30, proveniente dos pagamentos a mais das parcelas do ICMS DESENVOLVE realizados pela empresa nos meses de 2014 a 2016;
- que a multa seja julgada nula, pois distorcida da realidade dos fatos, com nítido caráter confiscatório, o que é expressamente proibido pelo ordenamento jurídico brasileiro;
- que sob pena de nulidade, sejam as publicações, intimações e correspondências referentes ao presente processo efetuadas exclusivamente em nome de Gustavo Pinheiros Guimarães Padilha, inscrito na OAB/SP sob o nº 178.268-A e Paulo Francisco Maia de Resende Lara, inscrito na OAB/SP sob o nº 250.257, ambos com escritório na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, 105,15º andar - Cidade Monções - São Paulo/SP, CEP: 04571-010;
- provar o alegado por todos os meios em direito admitidos e juntada de documentos que venham a ser úteis à sua defesa.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls.257 a 262). Assinala que o autuado é beneficiário do Programa DESENVOLVE e como tal faz jus, entre outros benefícios expressos no Decreto nº 8.205/2002 e Resolução nº 154/10, a dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, aprovado pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I (90%), anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Explica que referido saldo devedor obtido em função desse incentivo é denominado de SDPI – saldo devedor passível de incentivo, conforme instrução normativa 27 de 2009. Acrescenta que o SDPI é obtido da seguinte fórmula matemática:

$$SDPI = SAM - DNVP + CNVP, \text{ onde:}$$

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

SAM = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado;

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.

Observa que desse modo, o contribuinte precisa calcular mensalmente os valores desse saldo e verificar se há saldo devedor incentivado, conforme fora efetuado pelo autuado.

Assinala que se inicia o mecanismo de cálculo pelo SAM, que corresponde ao somatório do total mensal de débitos, inclusive o relativo à diferença de alíquotas e outros débitos lançados no livro de apuração de ICMS, subtraído do total mensal de créditos, incluindo-se outros créditos do livro de apuração. Registra que nestes totais incluem-se os que estão vinculados ao projeto aprovado e também os que não estão.

Consigna que a partir do SAM, abate-se o DNVP e soma-se o CNVP, chegando-se ao SDPI. Ou seja, obtém-se o saldo referente apenas aos valores vinculados ao projeto incentivado.

Acrescenta que caso o SDPI apresente valor negativo, não haveria ICMS incentivado e o contribuinte pagaria apenas o valor do piso definido em resolução, corrigido. Sendo positivo, abater do SDPI o valor da parcela fixa (piso) e obter a parcela excedente.

Ressalta que como o autuado, em face da tabela anexa ao regulamento do Programa DESENVOLVE, tem direito a 90% de incentivo, aplica-se este percentual à parcela excedente e encontra-se o valor do ICMS dilatado no prazo de 72 meses.

Observa que para esse ICMS dilatado (parcela incentivada), caso o beneficiário queira, poderá quitá-lo com pagamento de 10% de seu valor. Acrescenta que este valor é o que se chama de parcela antecipada.

Salienta que o valor que corresponde a 10% (parcela não incentivada) da parcela excedente deve também ser pago pelo contribuinte.

Diz que a diferença positiva entre DNVP e CNVP também deverá ser paga, já que corresponde à parte não vinculada ao projeto e não está incluída no SDPI.

Consigna que assim sendo, a cada apuração mensal com valores positivos da parcela excedente, o contribuinte deverá pagar com código de receita 0806 as seguintes parcelas: *piso + parcela não incentivada + diferença positiva entre DNVP e CNVP*.

Registra que caso o contribuinte queira, poderá pagar também 10% sobre a parcela incentivada com código de receita 2167.

Diz que essa é a sistemática para os pagamentos das parcelas referentes ao benefício DESENVOLVE.

Esclarece que teve acesso à formula de cálculo implementada pelo autuado e observou que o que diferencia do cálculo que embasa a autuação é a variável CNVP.

Explica:

- o autuado, equivocadamente, considera como fazendo parte da rubrica CNVP o CFOP 1604 (Lanç. do cred. relat à compra de bem para o ativo imobilizado). Ocorre que estas aquisições estão vinculadas ao projeto incentivado, como será esclarecido, e não poderia constar do grupo CNVP, já que este engloba os créditos não vinculados ao projeto;
- houve também alguns equívocos de lançamento para o CFOP 2202, conforme abaixo:
- CFOP 1604 - comporta os créditos lançados diretamente no livro registro de entradas suportados em notas fiscais emitidas mensalmente pelo autuado. Consoante consta literalmente da Instrução Normativa nº 27/2009 somente poderiam compor o CNVP as entradas de bens para o ativo fixo não vinculados ao projeto incentivado.

Diz que é o que reza o dispositivo da Instrução Normativa relativa ao tema:

“2.2. Os créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (CNVP) são os decorrentes das seguintes operações:

2.2.18. Entrada de bens do ativo imobilizado não vinculados ao projeto industrial aprovado - 1.550 e 2.550;”

Diz que ocorre é que as entradas desses bens realizadas pelo autuado estão adstritas ao projeto incentivado, pois sem as máquinas e equipamentos os produtos à base de fibrocimento não poderiam ser elaborados. Afirma que assim sendo, não poderiam estar presentes no montante mensal do CNVP, mas, ao contrário, devem compor a base de cálculo para a parcela (SDPI) a ser dilatada na forma da Resolução nº 154/10 e de acordo com as orientações da Instrução Normativa nº 27/09.

Salienta que diferentemente do que aduz o impugnante, em momento algum no levantamento fiscal ocorreria qualquer tipo de glosa aos valores creditados pela empresa em sua escrita fiscal nas aquisições de bens destinados ao Ativo Imobilizado. Ou seja, os valores apurados pelo autuado foram totalmente reconhecidos na autuação. Diz que basta verificar o campo “2. CRÉDITOS FISCAIS” dos demonstrativos de fls. 8 a 116 dos autos, em todos os meses que compõem a autuação, onde se depreenderá que os créditos relativos aos itens adquiridos para o ativo fixo foram considerados em sua totalidade.

Salienta que no intuito de reforçar os seus argumentos colacionou dois acórdãos, com procedência no julgamento, proferidos em sede de 1º e 2º graus deste Conselho de Julgamento que versam sobre o mesmo tema e cuja ação fiscal teve como sujeito passivo este mesmo contribuinte, no caso os Acórdãos JJF Nº 0092-03/17 e CJF Nº 0024-11/18.

Diz que para o CFOP 2202, há uma peculiaridade que se percebe primeiramente, ao se analisar os valores constantes na escrita fiscal - EFD - do autuado e o que fora lançado como CNVP em suas planilhas. Observa que para os meses de janeiro de 2014 a junho de 2016 o autuado cometeu outro equívoco lançando como CNVP valores muito maiores do que verdadeiramente está inserido em sua escrita fiscal.

A título de exemplo aponta os meses de janeiro de 2014, junho de 2015 e o último mês em que este problema ocorrerá, junho de 2016. Acrescenta que a partir do mês subsequente até dezembro de 2016 o autuado passou a lançar esses valores corretamente:

Janeiro/2014 -

Constante em escrita fiscal – livro de entradas: R\$ 1.071,96

Lançado em suas planilhas como CNVP: R\$ 61.583,70

Junho/2015:

Constante em escrita fiscal – livro de entradas: R\$ 11,00

Lançado em suas planilhas como CNVP: R\$ 90.905,66

Junho/2016:

Constante em escrita fiscal – livro de entradas: R\$ 359,26

Lançado em suas planilhas como CNVP: R\$ 60.787,60

Registra que anexou planilhas disponibilizadas pelo autuado durante período de fiscalização para os três meses acima citados e totais lançados em sua escrita fiscal como CFOP 2202 para comprovação do que fora acima afirmado.

Salienta que se verifica facilmente no demonstrativo de fl. 8 dos autos que os valores a mais de SDPI lançados pelo autuado giram em torno de R\$70.000,00 durante o período de janeiro de 2014 a junho de 2016. Observa que estas diferenças podem ser explicadas fundamentalmente pelos equívocos nos CFOPs 1604 e 2202. Acrescenta que de julho a dezembro de 2016, as diferenças passaram a girar em torno de R\$10.000,00, haja vista que este período sofreu a influência apenas do CFOP 1604.

Finaliza a peça informativa mantendo o Auto de Infração.

O autuado, cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls.286 a 291). Sustenta que os argumentos trazidos pelo autuante não merecem prosperar. Reitera em todos os seus termos as razões apresentadas na Defesa vestibular.

O autuante, cientificado da Manifestação do autuado se pronunciou (fls.302/303). Consigna o entendimento de que nada mais a acrescentar quanto a aspectos materiais ou processuais suscitados. Diz que todos os argumentos ou alegações já se exauriram e todos os elementos pela manutenção da autuação já estão presentes nos autos.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, decorrente de recolhimento a menos de 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 do Estado da Bahia - DESENVOLVE -, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, cujo regulamento foi aprovado pelo Decreto nº 8.205 de 03 de abril de 2002.

O referido Programa tem como objetivos estimular a instalação de novas indústrias, bem como estimular a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais.

Nos termos da Resolução nº 154/2010, o Conselho Deliberativo do DESENVOLVE concedeu ao autuado o benefício de 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 do seu projeto de ampliação para produção telhas de fibrocimento. Concedeu também o diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS relativo às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação, nas operações de importações de bens do exterior; nas operações internas relativas às aquisições de bens produzidos neste Estado; e nas aquisições de bens em outra Unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.

Observo que o impugnante alega que a Fiscalização incorreu em equívoco ao considerar que na apuração do ICMS dos exercícios fiscalizados, valores referentes a créditos de ativos imobilizados não se aplicariam à situação, em razão do que estabelece o artigo 2.2.18, da Instrução Normativa nº 27/09 da SEFAZ.

Sustenta o impugnante que o cálculo de apuração do ICMS, bem como o tratamento dado aos créditos e débitos foram realizados de acordo com a IN/27/2009.

Alega que em 2010 adquiriu uma máquina para integrar seu ativo permanente, e automaticamente, por força do art. 20 da Lei Complementar nº 87/96, como contribuinte do ICMS, possui direito a crédito referente às aquisições de bens destinados ao ativo permanente. Diz que no CIAP, o valor referente ao crédito do imposto de ICMS é dividido em 48 vezes, creditando-se apenas de 1/48 avos por mês, correta, portanto, a base de cálculo que apurou. Assevera que a apuração do ICMS que realizou levou em consideração os incentivos do CIAP e do Desenvolve, conforme planilhas constantes no doc. 07 - CD, fl. 82.

Vejo também que o autuante contesta as razões defensivas. Diz que em momento algum no levantamento fiscal, ocorrerá qualquer tipo de glosa aos valores registrados pela empresa em sua escrita fiscal, nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, sendo os valores apurados pelo autuado totalmente reconhecidos na autuação.

Observa que os bens foram adquiridos para aplicação direta no projeto do Programa DESENVOLVE e o crédito fiscal dessas aquisições deve compor a base de cálculo para a parcela a ser dilatada, na forma da Resolução nº 154/10 e de acordo as orientações da Instrução Normativa nº 27/09. Assinala que a escrituração desses créditos fiscais foi realizada corretamente através de nota fiscal com CFOP 1604. Tece detalhado comentário na apuração da SDPI. Diz que o autuado considerou como CNVP nas aquisições, gerando a diferença apurada no levantamento fiscal resultando no ICMS normal recolhido a menos.

O exame de todos os elementos que compõem o presente processo, permite constatar que assiste razão ao autuante. De fato, contrariamente ao afirmado pelo impugnante, os créditos fiscais nas aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado foram devidamente incluídos no levantamento fiscal, de acordo com a indicação do CFOP 1604, creditando 1/48 avos por mês, e a base de cálculo e o ICMS devido no período fiscalizado foi apurada na forma procedural previstas pelo CIAP e Programa DESENVOLVE.

Conforme muito bem explicitado pelo autuante, o saldo devedor passível de incentivo - SDPI - em conformidade com a Instrução Normativa nº 27/2009, é obtido da seguinte forma:

SDPI = SAM – DNVP + CNVP, onde:

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

SAM = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado;

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.

Ocorre que na apuração o autuado considerou, equivocadamente, como integrante do item CNVP - *créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado* - o CFOP 1604 - *Lançamento do crédito relativo à compra de bem para o ativo imobilizado* -, haja vista que as aquisições dos bens aduzidos pelo autuado estão vinculadas ao projeto incentivado – conforme afirmado pelo autuante e não contestado pelo autuado – portanto, não poderia constar do item CNVP, tendo em vista que este item diz respeito aos créditos não vinculados ao projeto incentivado, consoante inclusive orienta a Instrução Normativa nº 27/2009.

Relevante o registro feito pelo autuante no sentido de que as aquisições das máquinas realizadas pelo autuado estão adstritas ao projeto incentivado, haja vista que sem as máquinas e equipamentos os produtos à base de fibrocimento não poderiam ser elaborados. Desse modo, não poderiam constar no montante mensal do CNVP, mas sim compor a base de cálculo para a parcela (SDPI) a ser dilatada na forma da Resolução nº 154/10, e de acordo com as orientações da Instrução Normativa nº 27/09.

Constato também que não houve glosa dos valores creditados referentes às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado da empresa, conforme aduzido pelo autuado. Na realidade, os valores apurados pelo autuado foram considerados pelo autuante, conforme se verifica no campo “2. CRÉDITOS FISCAIS” dos demonstrativos de fls. 8 a 116 dos autos.

Assim sendo, no que tange ao CNVP referente aos bens do ativo imobilizado adquiridos pelo autuado, a autuação não merece qualquer reparo.

Do mesmo modo, verifica-se que assiste razão ao autuante quando aponta equívocos de lançamento incorridos pelo autuado, no tocante ao CFOP 2202, conforme exemplos apresentados referentes aos meses de janeiro de 2014, junho de 2015 e junho de 2016, cuja reprodução faço abaixo, a título ilustrativo:

Janeiro/2014 -

Constante em escrita fiscal – livro de entradas: R\$ 1.071,96

Lançado em suas planilhas como CNVP: R\$ 61.583,70

Junho/2015:

Constante em escrita fiscal – livro de entradas: R\$ 11,00

Lançado em suas planilhas como CNVP: R\$ 90.905,66

Junho/2016:

Constante em escrita fiscal – livro de entradas: R\$ 359,26

Lançado em suas planilhas como CNVP: R\$ 60.787,60

Diante do exposto, a infração é procedente.

Quanto à pretensão defensiva para que seja compensado o valor de R\$236.596,30, do valor apurado e exigido na autuação, sob o fundamento de que efetuara o recolhimento a mais nos meses de 2014 a 2016, conforme cópias de DAEs que acostou aos autos, certamente que não pode prosperar.

Isto porque, a compensação pretendida não pode ocorrer no âmbito do Auto de Infração, haja vista que se fazem necessários procedimentos somente possíveis na Inspetoria Fazendária da circunscrição do autuado, mediante pedido de restituição de indébito, na forma do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Contudo, cumpre observar que sendo deferido o pedido de restituição pela autoridade competente, o valor do indébito poderá ser utilizado para pagamento do Auto de Infração.

No respeitante ao argumento defensivo de que a multa imposta tem natureza confiscatória e ofensiva aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, portanto, inconstitucional, por certo que existe um óbice intransponível à sua apreciação por parte deste órgão julgador administrativo, no caso o disposto no art. 167, inciso I do RPAF-BA/99, no sentido de que não se inclui na competência do órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Ademais, a multa imposta está expressamente prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Por derradeiro, no tocante ao pedido do impugnante para que toda intimação alusiva ao feito seja endereçada e publicada em nome de seus advogados identificados na peça defensiva, cabe consignar que inexiste impedimento para que tal solicitação seja atendida, contudo, o não atendimento não implica em nulidade do ato, haja vista que as formas de intimação ao contribuinte estão previstas no art. 108 do RPAF-BA/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269194.0003/18-2**, lavrado contra **ETERNIT S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.376.011,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR