

PROCESSO - A. I. Nº 279757.0057/13-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S/A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0105-01/16
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21.03.2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0027-11/19

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM REGISTROS FISCAIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA OCORRÊNCIA DE OPERAÇÕES DE SAÍDA SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Apuradas diferenças de entradas e saídas, por meio de levantamento quantitativo de estoques, tendo sido exigido o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária, a das entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizá-las, efetuou os respectivos pagamentos com recursos provenientes de saídas não escrituradas do mesmo exercício. A Fiscalização corrigiu os equívocos apontados na defesa. **b) OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS.** Omissão de saídas tributáveis (constatada por intermédio de levantamento quantitativo de estoques), efetuadas sem documentos fiscais e sem escrituração, decorrente da falta de registro de entradas em valor inferior ao das saídas omitidas. A Fiscalização corrigiu os equívocos apontados na defesa. **2. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO.** Recolhimento a menor, função do uso indevido da dilação do prazo para pagamento do imposto relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Programa DESENVOLVE. A Fiscalização corrigiu os equívocos apontados na defesa. Recurso **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício contra Decisão da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão nº 0105-01/16), que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração, lavrado no dia 17/12/2013 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$6.969.162,02, sob a acusação do cometimento de 06 (seis) irregularidades, das quais permanecem em discussão as de nºs 01, 02 e 06, assim discriminadas pelo órgão de primeira instância, *in verbis*:

“INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagam. dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, conforme demonstrativos de Auditoria de Estoques, Mapa de Produção e demais registros contábeis e fiscais, partes integrantes do Auto de Infração, cópias da mídia e impressas entregues ao autuado. Exercício 2008. Valor R\$588.267,21. Multa de 70%;

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, conforme demonstrativos de Auditoria de

Estoques, Mapa de Produção e demais registros contábeis e fiscais, partes integrantes do Auto de Infração, cópias entregues, em mídia e impressas, ao Contribuinte. Exercícios 2009 e 2010. Tudo conforme demonstrativos em anexo, no valor de R\$2.199.380,21 com multas de 70% e 100%;

(...)

INFRAÇÃO 6 - Recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim o seu pagamento, conforme demonstrativos Memória de Cálculo da Apuração do ICMS DESENVOLVE, partes integrantes do Auto de Infração, cópias em mídia entregues ao Contribuinte. Tudo conforme demonstrativo em anexo. Valor R\$497.168,70. Multa de 100%”.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 14/06/2016 e decidiu pela Procedência Parcial, por unanimidade, (fls. 1.295 a 1.312), nos termos a seguir reproduzidos:

“VOTO

O presente lançamento de ofício contempla as 06 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação nas linhas que seguem, exceto os itens 03 (R\$3.654.432,56); 04 (R\$904,60) e 05 (R\$29.008,74), que foram reconhecidos pelo autuado, efetuado o respectivo pagamento, com benefício da Lei 13.449/15, hipótese de extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156, I, CTN - Código Tributário Nacional. Itens afastados, pois, da lide, de imediato.

Preliminarmente, o sujeito passivo suscita a decadência em relação aos débitos de ICMS apurados no período compreendido entre janeiro a novembro de 2008, lançamento por homologação, de acordo com o art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional - CTN, além da nulidade do lançamento relativo à infração 06, por conta da majoração dos valores inicialmente exigidos, considerada uma ilegalidade pelo autuado, nos termos do art. 18, RPAF/BA.

Não houve, no presente processo administrativo fiscal - PAF, qualquer lesão aos direitos do contribuinte que o conduzisse à decretação de nulidades. O Auto de Infração em tela foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma do art. 39, RPAF/BA (Decreto 7.629/99). O PAF está revestido das formalidades legais, sem violação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo fiscal, tendo sido entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprouve e em quantos momentos processuais entendeu necessários na defesa das suas teses. A legalidade ou não da majoração procedida na infração 06 será tema observado no mérito da questão.

Com relação à decadência suscitada pelo sujeito passivo, imperioso ressaltar que as infrações 01 e 02 se consubstanciam em um levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, conforme os critérios definidos na Portaria nº 445/98. Logo, a apuração, objeto do questionamento é realizada contabilizando o estoque inicial do período (1º de janeiro de 2008) e o estoque final do período (31 de dezembro de 2008). Assim, entendendo que o fato gerador do imposto só se consubstancia no último dia do exercício fechado, que no caso, foi 31 de dezembro de 2008. O lançamento de ofício foi conhecido pelo autuado em 20.12.2013 e não há falar em decadência, por quaisquer dos marcos de tempo que se adote, considerando as regras estabelecidas para o direito tributário e, em especial, para a exigência do ICMS.

Mesmo no caso das demais infrações, cabível assinalar que na arguição de decadência, o art. 107-A do COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/1981), em conformidade com o que prevê o § 4º do art. 150, do CTN, determinava o início da contagem do prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte da ocorrência dos fatos geradores.

Com o advento da Lei nº 13.199 de 29/11/2014, o aludido artigo do COTEB foi revogado, entretanto, remanesce entendimento tanto da PGE/PROFIS como deste CONSEF, da impossibilidade de sua aplicação retroativa para surtir efeito em relação a fato gerador constituído sob a égide da legislação tributária à época vigente - por se tratar de norma jurídica de natureza material e não procedimental - a exemplo das recentes decisões proferidas pelas Câmaras de Julgamento Fiscal nos Acórdãos CJF nºs 0031-11/15 e 0050-12/15.

Observo que a disposição do artigo 173, I, do CTN, prevê que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco anos), contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Portanto, o prazo para constituição do crédito tributário tem a sua contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte, conforme os artigos 173, I, do CTN, não podendo prosperar a arguição defensiva, haja vista que, no presente caso, o período autuado alcança o exercício de 2008, valendo dizer que a contagem iniciou-se em 01/01/2009, com termo final em 31/12/2013.

Vejo que o Auto de Infração foi lavrado dia 17/12/2013 e o autuado tomou ciência dia 20/12/2013, portanto, dentro do prazo de 05 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em homologação tácita do lançamento e, por consequência, em

decadência do direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, conforme arguido pelo impugnante.

Diante do exposto, não acolho a arguição de extinção do crédito tributário por ocorrência de decadência ou homologação tácita do lançamento.

No mérito, as duas primeiras infrações exigem do autuado a falta de recolhimento do ICMS, apurada através do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme demonstrativos de Auditoria de Estoques, Mapa de Produção e demais registros contábeis e fiscais, todos acostados aos autos, além da entrega regular de papéis de trabalho que sustentam as exigências para o contribuinte autuado.

No primeiro item, apuradas diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, foi exigido o imposto sobre a diferença das operações de entrada - maior expressão monetária, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Valor da exigência R\$588.267,21, além da multa de 70%;

No segundo item, apurada omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o valor das saídas tributáveis - maior valor monetário. Valor da exigência R\$2.199.380,21, multas de 70% e 100%.

Alegou a defesa que os levantamentos quantitativos de estoques de mercadorias não podem prevalecer, porque pautados em documentos precários e cujas inconsistências foram substituídas, ainda no curso dos procedimentos fiscais, implicando erros materiais na constituição dos créditos tributário. Explica o autuado que a fiscalização, de forma equivocada, utilizou notas fiscais de complementação de preços como se fora efetivas saída dos produtos, produtos fabricados em outro estabelecimento do autuado, erro na apuração do preço médio, entre outras inconsistências.

Convertido o PAF - processo administrativo fiscal em diligência, o Parecer dos Auditores Fiscais (fls. 1197/1200 - volume IV) foi exarado reconhecendo a procedência quase na totalidade das alegações defensivas e, após as exclusões que se fizeram necessárias, nas respectivas auditorias dos estoques, os débitos restaram retificados da forma abaixo:

Infração 01 - exercício 2008 - R\$988,52.

Infração 02 - exercício 2009 - R\$1.465,29; exercício 2010 - R\$2.920,43. Total R\$4.385,72

Em nova manifestação (fls. 1262/1275 - volume IV), o autuado reitera os argumentos defensivos, mas, acata as reduções promovidas nas infrações 02 e 03, arguindo que o faz, em nome da celeridade processual.

Examinando as peças coladas aos autos constato a correção dos necessários ajustes promovidos pelos prepostos do Fiscal, a fim de compatibilizar a verdade material dos fatos observados e acato os novos demonstrativos acostados aos autos, às fls. 1201/1205, para considerar subsistente em parte a infração 01, no valor de R\$988,52 e a infração 02, no valor de R\$4.385,72.

Com relação à infração 06, a exigência tem origem na acusação de recolhimento a menor o ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal - dilação de prazo para pagamento de ICMS - relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, no valor de R\$497.168,70, além da multa de 100%.

Argumenta o autuado que faz jus à dilação do prazo concedido pelo Programa de Incentivos do DESENVOLVE e que recolhe regularmente a diferença entre o aludido montante e o chamado ICMS Normal. Considera injusta acusação dos representantes fazendários de que teria majorado indevidamente o incentivo fiscal, comprometendo a apuração e recolhimento do ICMS não sujeito à dilação de prazo, face à interpretação equivocada da legislação atinente à matéria ao longo da sua evolução.

Além de questionar a majoração do lançamento, em sede de diligência fiscal, enumera o autuado, os equívocos que teria incorrido a fiscalização: a) consideração dos valores a título de venda de produção do estabelecimento, nas competências de junho e julho de 2008, diferentes daqueles constantes no seu livro e Apuração do ICMS; b) desconsideração de saldos credores mensais advindos de atividades não incentivadas, apurados no período compreendido entre 04/09 e 02/10, para efeito de quantificação do ICMS Normal, não dilatado, a recolher; e, c) desconsideração dos pagamentos, efetuados através de DAES, código de receita 806 - ICMS normal indústria, relativos às competências de 03/10 a 12/10.

Diz que em análise ao demonstrativo fiscal constatou que durante todo o período autuado, deixou de considerar todo e qualquer crédito advindo de operações com ativos imobilizados para fins de aplicação do benefício veiculado pelo Programa DESENVOLVE; aduz que a partir de outubro de 2009 (alteração no item 2.2.18 da IN SAT/BA nº 27/2009, redação dada pela IN nº 54, de 28.10.2009), para tal finalidade, haveria de ter levado em conta tais créditos, oriundos de operações com bens desta natureza relacionados ao projeto fomentado.

Os Auditores, na Informação Fiscal, dizem que o próprio sujeito passivo apela para uma melhor interpretação da legislação do Incentivo Fiscal DESENVOLVE e mantém a exigência fiscal (fls. 884/888 - volume III). Após a

conversão dos autos em diligência fiscal, modificaram para aumentar a exigência, sob o argumento que foram considerados os créditos fiscais decorrentes do ativo imobilizado registrados nos livros fiscais como operações incentivadas; créditos presumidos previstos no Decreto 12.158/2010; inclusões e exclusões nas operações incentivadas e créditos fiscais das mercadorias adquiridas para revenda (infração 03), aumentando a exigência do ICMS para R\$998.636,97.

Examinando os autos do processo administrativo fiscal em debate e a legislação que rege a espécie, antes de qualquer apreciação e, não obstante questionamentos do contribuinte autuado e a pretensão dos Auditores Fiscais, a majoração no lançamento de ofício, relacionado à infração 06, não poderia ser exigida, no presente processo tributário.

Nesse contexto, cabível observar que o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) estabelece no artigo 146, o princípio da imodificabilidade do lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo. Trata-se de dispositivo relacionado com a previsibilidade e a segurança jurídica.

No que concerne especificamente ao princípio da imodificabilidade do lançamento, o artigo 146, assim preceitua:

“Art. 146 - A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”.

O regulamento de processo do Estado da Bahia, reconhecendo que é fundamental a preservação da estabilidade das relações jurídicas, a certeza e a segurança, além do devido processo legal e ampla defesa do contribuinte, definiu que mesmo ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, nos termos do art. 156 do Decreto 7.629/99 (RPAF/BA).

Por tal motivo, o agravamento da exigência contida na infração 06, que resultou no valor de R\$ 998.636,97 (fls. 1210/1236 - volume IV), sem que estivesse fazendo parte do lançamento de ofício em debate, não poderá ser cobrado nesse PAF.

Diante da tais pressupostos, o ponto nevrálgico da lide, nessa infração 06, ainda remanescente, reside na alegação fiscal do recolhimento a menor do ICMS, em razão do uso indevido do Incentivo Fiscal (dilação do prazo para pagamento do ICMS, relacionado às operações próprias), conforme estabelecida na legislação do Programa DESENVOLVE.

Destaco, de início, que o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de Dezembro de 2001, tem como objetivo fomentar e diversificar a matriz industrial e agro industrial, com formação de adensamentos industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e à geração de emprego e renda no Estado da Bahia. Os incentivos fiscais previstos no Decreto nº 8.205/2002, que aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE e constitui o seu Conselho Deliberativo, têm por finalidade precípua estimular a instalação de novas indústrias no Estado da Bahia e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos, aperfeiçoamento tecnológico e redução de custos. Justamente por isso, qualquer operação que extrapole o objetivo do Programa não serão alcançadas pelos benefícios fiscais ali previstos.

No caso em tela, a Resolução nº 80/2006, publicada no Diário Oficial de 07 e 08/10/2006 e alterada pela Resolução nº 057/08, do Conselho Deliberativo do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, habilitou projeto de ampliação do contribuinte autuado para produzir embalagens plásticas, concedendo ao seu estabelecimento os benefícios constantes na mencionada resolução (fls. 344/346 - volume I).

No caso em concreto, o direito assiste ao autuado com relação ao argumento de que houve erro fiscal na reapuração dos saldos devedores do ICMS das operações com o CFOP 5101 (vendas de Produção do estabelecimento), nos valores de junho e julho de 2008. De fato, consta do demonstrativo fiscal nos períodos assinalados, respectivamente, os valores R\$395.634,48 e R\$537.757,09 (fl. 257 - volume I), enquanto que no livro de Registro de Apuração de ICMS se encontram assentados os valores de ICMS debitado no valor de, respectivamente, R\$401.180,41 e R\$559.423,98 (fls. 814 e 816 - volume III), ocasionando divergências na apuração do ICMS, nos valores de R\$5.545,93 e R\$21.699,89.

Dessa forma, restam insubsistentes as diferenças de R\$4.964,34 e R\$6.991,84, apontadas na inicial dos autos, relacionadas aos períodos de junho e julho de 2008.

Verifico ainda que o contribuinte autuado apresentou saldo credor de ICMS que foi aproveitado na apuração do imposto normal, conforme consta da sua escrita fiscal, a partir de abril de 2009 a fevereiro de 2010 (fls. 830/859). A possibilidade de utilização de tais créditos está prevista na própria Instrução Normativa 27/09, ao

dispor que os saldos credores não relacionados às atividades industriais poderão ser utilizados para compensar parcela do ICMS a recolher cujo prazo não tenha sido dilatado, vedando apenas a compensação no pagamento da parcela incentivada. O autuado apresenta Parecer da DITRI 03091/12 confirmando que saldos credores oriundos de operações com produtos não alcançados pelo DESENVOLVE poderá ser utilizado para abater parcela do imposto não incentivada.

Não foram, de fato, consignados no demonstrativo de débitos de fls. 288, pelos Auditores fiscais, os pagamentos de ICMS realizados com o código de receita 806 - ICMS normal indústria, para o período de janeiro e fevereiro de 2010 no período de março a dezembro de 2010.

Além das situações retro mencionadas, destaco a desconsideração pelo contribuinte dos créditos relativos à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado vinculados ao projeto incentivado para fins de quantificação do saldo devedor sujeito à dilação; considerando que as mercadorias, posteriormente revendidas, já estavam corretamente classificadas na situação de revenda, como não incentivados; considerando ainda que as operações de saída com CFOP 5.949 e 6.949, ainda que em valores irrelevantes não poderiam ser inseridas na coluna industrialização, uma vez que não se referem às operações beneficiadas pelo DESENVOLVE, como recomenda a própria IN 27/09.

Diante do exposto, não pode prevalecer a exigência conforme apurada pelos Auditores Fiscais, consignada na inicial dos autos, restando subsistente apenas em parte, considerando a ausência do pagamento do ICMS, em sua integralidade, no exercício de 2010, conforme demonstrativo a seguir: R\$58.727,12 (fevereiro/2010), R\$24.493,66 (março/2010), R\$11.912,30 (abril/2010), R\$12.291,01 (maio/2010), R\$11.527,37 (junho/2010), R\$11.620,47 (julho/2010), R\$12.587,84 (agosto/2010), R\$11.762,71 (setembro/2010), R\$11.923,02 (outubro/2010), R\$11.359,04 (novembro/2010) e R\$5.650,08 (dezembro/2010), totalizando R\$183.854,62.

Por outro lado, a multa imposta pelo cometimento da presente infração correspondente a 100% do valor do imposto exigido, prevista no art. 42, inciso IV, alínea 'j' da Lei nº 7.014/96, não está em consonância com a dosimetria da pena da lei do ICMS, no Estado da Bahia. Não foi constatado qualquer ação ou omissão fraudulenta que justificasse tal imposição.

Dessa forma, o recolhimento a menos de ICMS em razão da apuração inadequada do benefício do DESENVOLVE, na medida em que não se verificou, na espécie, ação ou omissão com natureza de fraude ou simulação, deve ser apenada com 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, conforme o art. 42, inciso f, da Lei nº 7.014/96.

[Planilha de fl. 1.311].

O presente Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE devendo ser homologadas as parcelas já quitadas.

É o voto”.

Em virtude de a desoneração ter ultrapassado o limite estatuído no art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), a 1ª JJF recorreu de ofício da própria Decisão, contida no Acórdão nº 0105-01/16.

O contribuinte, à fl. 1.323, renunciou ao exercício do direito de recorrer e requereu fossem os autos remetidos à segunda instância do CONSEF para o julgamento da remessa necessária.

No dia 27/10/2016, a 1ª CJF (Câmara de Julgamento Fiscal; fls. 1.326/1.327), sob a relatoria do i. conselheiro Eduardo Ramos Santana, converteu o feito em diligência aos autuantes, com as seguintes solicitações, relativas à infração 06:

1. Elaboração de demonstrativo analítico relativo aos créditos fiscais utilizados na apuração do ICMS Desenvolve, decorrentes das compras para industrialização e revenda, com totalizações mensais.
2. Esclarecimento sobre como foram classificados os créditos atinentes às aquisições para industrialização e revenda, uma vez que, por exemplo, o demonstrativo do sujeito passivo de junho de 2008, apresentado à fl. 773, relativamente ao CFOP 2.101, no valor total de R\$772.919,61, indicou R\$399.189,07 para industrialização e R\$373.730,64 para revenda, o que difere do informado às fls. 1.210 e 1.229, verso. Tal situação se repete em outros meses.
3. Apresentação de demonstrativo de apuração do ICMS Desenvolve, nos moldes dos que foram apresentados às fls. 1.210 a 1.228.
4. Elaboração de demonstrativo do débito remanescente na infração 06.

Devidamente intimado (fl. 1.331), o recorrido se manifesta às fls. 1.333 a 1.335, com juntada de

documentos e planilhas, asseverando ter logrado identificar a origem das divergências entre as razões defensivas e o lançamento (inicial).

Trata-se de:

1. Redução dos valores referentes aos créditos das operações não incentivadas, consignados na coluna “*Revenda – ENTRADAS*”, e consequente aumento daqueles pertinentes às operações incentivadas, registrados na coluna “*Industrialização – ENTRADAS*”, decorrente de erro material na fórmula do demonstrativo.
2. Desconsideração de pagamentos efetuados por meio de DAEs (documentos de arrecadação estadual), nas competências de 07/2009 e 12/2010, e de certificado de crédito, no mês de 03/2010.
3. Desconsideração de saldos credores não relacionados com as atividades incentivadas, apurados nos períodos de 07/2009 a 02/2010, aptos a extinguirem o ICMS normal (parcela não dilatada e imposto relativo às operações não incentivadas).
4. Desconsideração do débito, a título de estorno de crédito presumido do ICMS, no montante de R\$10.277,05, como incentivado.
5. Desconsideração de estornos de débitos em pequenos valores, nos meses de 03/2010, 04/2010 e 08/2010.
6. Desconsideração de quantias atinentes a estornos de débitos de ICMS correspondentes a créditos transferidos e posteriormente “*quitados, na operação não incentivada*” (10/2009 e 01/2010).
7. Ajustes de valores de valores relativos a operações não incentivadas e incentivadas (06/2008, 07/2010 e 11/2010).
8. Ajuste do imposto devido nas saídas acobertadas pelos CFOPs 5.101, 5.102, 6.101 e 6.102 para refletir os montantes consignados na apuração fiscal (06/2008).
9. Inclusão de saída acobertada pelo CFOP 5.910 (12/2010).

Por fim, informa ter recolhido parte do valor inicialmente exigido na infração 06, correspondente a R\$183.854,61, com os benefícios da Lei nº 13.449/2015 (esta quantia foi tida como PROCEDENTE pela JJF).

Ao prestar informação, às fls. 1.361/1.362, o auditor Agilberto Marvila responde do seguinte modo aos tópicos 1 a 4 da solicitação de diligência:

1. Acolhe a planilha de fls. 1.336 a 1.354, elaborada pela sociedade empresária, do que resulta a apuração de R\$183.854,62 na infração 06.
2. As divergências concernentes aos créditos de industrialização e revenda resultaram de erro de fórmula no levantamento fiscal.
3. Reitera o acolhimento do demonstrativo de fls. 1.336 a 1.354.
4. Colaciona levantamento sintético, com a revisão do valor exigido na sexta imputação, de R\$497.168,70 para R\$183.854,62 (quantia julgada PROCEDENTE no Acórdão de primeiro grau (fl. 1.311)).

O contribuinte manifesta concordância com a informação do Fisco, pugnando pelo imediato julgamento (fl. 1.366).

VOTO

O primeiro item do Auto de Infração trata de diferenças de entradas e saídas, apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoques, tendo sido exigido o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária, a das entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizá-las, efetuou os respectivos pagamentos com recursos provenientes de saídas não escrituradas do mesmo exercício (2008).

Já a segunda infração resulta da omissão de saídas tributáveis (apurada por intermédio de levantamento quantitativo de estoques), efetuadas sem documentos fiscais e sem escrituração, decorrente da falta de registro de entradas em valor inferior ao das saídas omitidas (2009/2010).

A Junta de Julgamento Fiscal, às fls. 897 a 900, converteu o PAF (Processo Administrativo Fiscal) em diligência à repartição fiscal de origem e aos autuantes, com vistas à correção dos erros materiais indicados pelo autuado em sede de impugnação, a exemplo do cômputo equivocado dos estoques finais de 2008 e iniciais de 2009; consideração de notas fiscais de complementação de preços como se fossem saídas; inserção, na coluna de produção própria, de números atinentes à produção de unidades localizadas no Estado do Ceará, e não na Bahia, entre outros.

Ao prestarem a informação solicitada – às fls. 1.197 a 1.200 – os auditores reconheceram o cometimento dos erros e efetuaram as pertinentes correções, acolhidas de forma acertada pela JJF (Junta de Julgamento Fiscal).

Com isso, os valores das infrações 01/02 foram respectivamente alterados para R\$988,52 e R\$4.385,72 (fls. 1.198/1.199).

Na infração 06 o sujeito passivo foi acusado de recolhimento a menor, em função do uso indevido da dilação do prazo para pagamento do imposto relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do Programa DESENVOLVE.

A quantia originalmente exigida foi de R\$497.168,70.

Em atendimento à solicitação de diligência da primeira instância, cujo escopo foi esclarecer as situações discriminadas nos tópicos “a” a “i” do Relatório supra, os autuantes majoraram o valor da imputação (fl. 1.200).

- a) *Redução dos valores referentes aos créditos das operações não incentivadas, consignados na coluna “Revenda – ENTRADAS”, e consequente aumento daqueles pertinentes às operações incentivadas, registrados na coluna “Industrialização – ENTRADAS”, decorrente de erro material na fórmula do demonstrativo.*
- b) *Desconsideração de pagamentos efetuados por meio de DAEs (documentos de arrecadação estadual), nas competências de 07/2009 e 12/2010, e de certificado de crédito, no mês de 03/2010.*
- c) *Desconsideração de saldos credores não relacionados com as atividades incentivadas, apurados nos períodos de 07/2009 a 02/2010, aptos a extinguirem o ICMS normal (parcela não dilatada e imposto relativo às operações não incentivadas).*
- d) *Desconsideração do débito, a título de estorno de crédito presumido do ICMS, no montante de R\$ 10.277,05, como incentivado.*
- e) *Desconsideração de estornos de débitos em pequenos valores, nos meses de 03/2010, 04/2010 e 08/2010.*
- f) *Desconsideração de quantias atinentes a estornos de débitos de ICMS correspondentes a créditos transferidos e posteriormente “quitados, na operação não incentivada” (10/2009 e 01/2010).*
- g) *Ajustes de valores de valores relativos a operações não incentivadas e incentivadas (06/2008, 07/2010 e 11/2010).*
- h) *Ajuste do imposto devido nas saídas acobertadas pelos CFOPs 5.101, 5.102, 6.101 e 6.102 para refletir os montantes consignados na apuração fiscal (06/2008).*
- i) *Inclusão de saída acobertada pelo CFOP 5.910 (12/2010).*

O PAF foi convertido em nova diligência, desta feita pela CJF (Câmara de Julgamento Fiscal), oportunidade em que a Fiscalização reconheceu o que os julgadores já haviam percebido.

Às fls. 1.361/1.362, um dos auditores acolheu o demonstrativo de fls. 1.336 a 1.354, elaborado pela sociedade empresária, alterando a exigência da infração 6 para R\$183.854,62 (valor julgado Procedente pela JJF e acolhido pelo recorrido).

Reconheceu que as divergências concernentes aos créditos de industrialização e revenda resultaram de erro de fórmula no levantamento fiscal.

Além disso, de acordo com o exposto no Acórdão da JJF:

“(…) o contribuinte autuado apresentou saldo credor de ICMS que foi aproveitado na apuração do imposto normal, conforme consta da sua escrita fiscal, a partir de abril de 2009 a fevereiro de 2010 (fls. 830/859). A possibilidade de utilização de tais créditos está prevista na própria Instrução Normativa 27/09, ao dispor que os saldos credores não relacionados às atividades industriais poderão ser utilizados para compensar parcela do ICMS a recolher cujo prazo não tenha sido dilatado, vedando apenas a compensação no pagamento da parcela incentivada. O autuado apresenta Parecer da DITRI 03091/12 confirmando que saldos credores oriundos de operações com produtos não alcançados pelo DESENVOLVE poderá ser utilizado para abater parcela do imposto não incentivada.

Não foram, de fato, consignados no demonstrativo de débitos de fls. 288, pelos Auditores fiscais, os pagamentos de ICMS realizados com o código de receita 806 - ICMS normal indústria, para o período de janeiro e fevereiro de 2010 no período de março a dezembro de 2010”.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, com a homologação dos valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279757.0057/13-0**, lavrado contra **ENGEPACK EMBALAGENS SÃO PAULO S/A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 219.142,20**, acrescido das multas de 60% sobre R\$213.767,96, 70% sobre R\$2.453,81 e 100% sobre R\$2.920,43, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e III da Lei nº 7014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$3.654.432,56**, prevista no inciso II, “d” do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS