

PROCESSO - A. I. Nº 300766.3010/16-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AGROPECUÁRIA OLHO D'ÁGUA RAÇÕES LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO- Acórdão 1ª JFJ nº 0108-01/18
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/04/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0053-12/19

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. IMPOSTO RECOLHIDO MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA DILATADA. A Resolução nº 176/2011 do DESENVOLVE, habilitou projeto de ampliação do contribuinte autuado para “*produzir ração animal*”. O lançamento de ofício foi constituído considerando tão somente os registros nos livros fiscais do contribuinte dos CFOP 5102 e 6102, que não se referem às *operações próprias*, sujeitas ao incentivo do DESENVOLVE. Diligência da ASTEC confirmou processo fabril do autuado, consistente na industrialização de soja extrusada, soja farelada, farelo de soja (ração). Saídas descritas nos códigos 6119 e 6923 foram consideradas, equivocadamente, pelo autuado, como operações próprias e incentivadas pelo DESENVOLVE. Infração caracterizada em parte. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em relação à Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2016, constitui crédito tributário, em face da apuração da infração, no valor de R\$3.503.867,03, no período janeiro de 2011/dezembro de 2014, assim descrita: “*Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto*”;

Consta: “*o contribuinte aplicou deduções nos valores dos Saldos Devedores do ICMS sem que os mesmos fossem passíveis de incentivo pelo Programa Desenvolve, pois suas vendas (na grande maioria) não são de produção próprias*”.

Consta ainda no campo “descrição dos fatos”: Empresa habilitada ao Programa DESENVOLVE, através da Resolução nº 176/2010. Ao verificar os livros fiscais e /ou EFD no período de 01.01.2011 a 31.12.2014, constatei, primeiramente, que com base na Instrução Normativa nº 27/09 (que dispõe sobre a apuração do Saldo Devedor Mensal do ICMS a Recolher Passível de Incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE), o contribuinte possui DSPI (Saldo Devedor Passível de Incentivo), em apenas um único mês, especificamente, set/2014, assim sendo, devido as deduções indevidas, o contribuinte escriturou e recolheu o ICMS Regime Normal - Indústria (cód. 0806) a menor, ressaltando que de agosto a dezembro/2014 o contribuinte entregou EFD escriturada corretamente, entretanto, recolheu a menor o ICMS Regime Normal Indústria.

A 1ª JFJ, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a apuração da infração descrita e relatada na inicial dos autos, que será o objeto da apreciação, nas linhas seguintes; trata-se da acusação de recolhimento a menos de ICMS em

decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. O contribuinte teria aplicado, segundo a fiscalização, deduções nos saldos devedores do ICMS sem que os mesmos fossem passíveis de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, pois suas vendas (na grande maioria) não são de produção próprias.

A exigência totaliza R\$3.503.867,03. Os demonstrativos que instruem o débito apurado foram acostado aos autos, às fls. 09/42.

Preliminarmente, o defesa suscita a nulidade da autuação fiscal, argumentando que houve cerceamento ao seu direito, uma vez que não teve acesso a todos os documentos relativos às fiscalizações, inclusive a Ordem de Serviço nº 501545/16, que demandou o presente Auto de Infração (3007663010/16-4), contrariando princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, insculpidos no artigo 5º, LV, da CF 88.

Verifico, contudo, que o Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Não existe, em absoluto, quaisquer situações que impliquem cerceamento ao direito de ampla defesa do contribuinte autuado, uma vez lavrado o regular Termo de Início de Fiscalização, prorrogado, posteriormente, e cientificado ao contribuinte (fl. 08), para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável (art. 196, CTN).

A Ordem de Serviço trata de um expediente interno da administração fazendária, na orientação aos servidores fiscais, no desenvolvimento de tarefas específicas de fiscalização. De tal documento, não precisa ter acesso, o contribuinte.

Por outro lado, o contribuinte foi cientificado dos procedimentos da Auditoria fiscal e dos equívocos identificados na ação fiscal, durante o seu curso; após a emissão do Auto de Infração, cientificado da sua lavratura, recebeu cópia do mesmo, além dos demais demonstrativos, conforme recibo colado nos autos (fl. 44).

O Auto de Infração está, portanto, devidamente motivado, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário pretensamente não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Obedecido o devido processo legal, o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, tendo manejado sua defesa da forma e com as provas que entendeu pertinentes. Quando houve dificuldades para conhecer de mérito a exigência, o PAF foi convertido em diligência para o seu esclarecimento. O lançamento de ofício encontra-se apto a surtir os seus efeitos fiscais e jurídicos.

No mérito, a acusação alinhada nos autos é rebatida pelo autuado, aduzindo que a sua atividade principal de fabricação de alimentos para animais (ração), tem benefício no percentual do ICMS incentivado de 90%, conforme o Programa do DESENVOLVE.

Argumenta que a fiscalização considerou apenas os códigos lançados nas notas. Com CFOP 5102 e 6102, que fazem alusão às transações comerciais e que não se aplicam no presente caso, uma vez que deveriam estar identificadas pelos CFOP 5101 e 6101, respectivamente, operações que se enquadram no aludido incentivo fiscal.

O Auditor Fiscal, responsável pela ação fiscal, que manteve a exigência, nas suas Informações Fiscais, após a diligência a cargo da ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF, admitiu que houve equívoco na consignação dos CFOP s nas operações de saídas dos produtos industrializados incentivados, que deveriam ostentar os códigos 5101 ou 6101

É cediço que o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, regulamentado pelo Decreto nº 8.205/2002, estabelece incentivos fiscais e financeiros no Estado da Bahia; tem por objetivo de longo prazo complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado mediante uma série de diretrizes, tendo como base o deferimento do lançamento e o pagamento do ICMS relativo às operações beneficiadas.

Nesse sentido, a AGROPECUARIA OLHO D'AGUA RAÇÕES LTDA foi habilitada aos benefícios do DESENVOLVE através da Resolução nº 176/10 (fl. 168) com a dilação do prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS relativo às operações próprias, na produção de rações, conforme estabelecido na classe I, da Tabela I, anexa ao Decreto nº 8.205/02, que aprovou o Programa DESENVOLVE e estabeleceu os percentuais de ICMS com dilação de prazo e de desconto pela antecipação do pagamento da parcela, segundo a classe de enquadramento, possibilitando a carga tributária apontada pela fiscalização.

Examinando as peças que compõem o processo administrativo fiscal - PAF, verifico que o Auditor fiscal identificou o recolhimento a menor do ICMS, considerando tão somente os registros nos livros fiscais do contribuinte dos Códigos Fiscais de Operações e Prestações - CFOP s, que não correspondiam às operações próprias, sujeitas ao incentivo do DESENVOLVE,

O levantamento fiscal manejado dessa forma desconsiderou que as operações de saídas dos produtos

industrializados, equivocadamente, foram grafadas com Código Fiscal de Operações e Prestações 5102/6102 ao invés de 5101/6101, próprios para as operações comerciais, não alcançadas pela aludida Resolução.

No caso em concreto, não obstante o grave erro cometido na informação equivocada dos códigos fiscais das operações do contribuinte autuado, a AGROPECUARIA OLHO D'AGUA RAÇÕES

o efetivo processo fabril do autuado, consistente na industrialização de soja extrusada, soja farelada, farelo de soja (ração), como ficou definitivamente comprovado na diligência fiscal realizada pela Assessoria Técnica do Conselho – ASTEC, cujas operações de saídas, inadvertidamente, foram registradas nos livros fiscais do autuado como mercadorias adquiridas para comercialização.

A diligência executada pela ASTEC expediu o Parecer 0012/2018 (fls. 330/334) afirmando que o processo fabril do contribuinte autuado consiste na industrialização de soja, seja na forma extrusada, farelada, além de soja farelada, todas atendendo ao conceito de ração. Asseverou ainda que respectivas operações de saídas foram registradas com os códigos CFOP 5102 e 6102, quando deveria registrar com o CFOP 5101 e 6101.

O próprio Auditor Fiscal ao tomar conhecimento do resultado da diligência, admitiu o erro na descrição dos códigos das operações, fez o levantamento do Saldo Devedor Passível de Incentivo pelo Desenvolve (SDPI) em conformidade com a Instrução Normativa nº 27/09. Constatou, porém, que operações de saídas listadas nos códigos 6119 e 6923 foram consideradas, equivocadamente, pelo autuado, como operações próprias e incentivadas pelo DESENVOLVE.

Elaborou um novo demonstrativo, reduzindo a exigência R\$3.503.867,03 para R\$10.104,36, de acordo com o quadro acostado aos autos (fl. 381).

Acato o parecer exarado na diligência realizada pela ASTEC, reproduzindo a defesa firmada pelos prepostos do autuado, argumentando a produção de soja como ração animal e que a troca de registro dos CFOPs não modificou a natureza das operações incentivadas, prevista na Resolução DESENVOLVE nº 176/10.

Sobre a alegação de aplicação de multa com efeito de confisco e pedido para o seu cancelamento ou a sua redução, não o acato, considerando que não existe qualquer ilegalidade no percentual da multa imputada, estando a mesma está prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e porque não se inclui na competência desse órgão julgador a apreciação do princípio da vedação do confisco, garantia encartada no sistema tributário nacional como uma das limitações constitucionais ao poder de tributar e insita no art. 150, IV, da Constituição Federal. A redução da presente multa, contudo, pode ainda ser encaminhada, nos termos do art. 45 da Lei nº 7.014/96. O presente Auto de Infração é subsistente em parte, no valor de R\$10.104,36.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

Objetiva o presente Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11, para revisar a Decisão proferida pela 1ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente Em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

Examinando as peças que integram os autos, depreendo que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, pois restou comprovado a PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração em comento, lavrado para exigir crédito tributário no valor de R\$3.503.867,03, no período janeiro de 2011/dezembro de 2014, assim descrita: “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto”;

No qual consta ainda as seguintes informações adicionais:

“O contribuinte aplicou deduções nos valores dos Saldos Devedores do ICMS sem que os mesmos fossem passíveis de incentivo pelo Programa Desenvolve, pois suas vendas (na grande maioria) não são de produção própria”.

“ Empresa habilitada ao Programa DESENVOLVE, através da Resolução nº 176/2010. Ao verificar os livros fiscais e /ou EFD no período de 01.01.2011 a 31.12.2014, constatei, primeiramente, que com base na Instrução Normativa nº 27/09 (que dispõe sobre a apuração do Saldo Devedor Mensal do ICMS a Recolher Passível de Incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE), o contribuinte possui DSPI (Saldo Devedor Passível de Incentivo), em apenas um único mês, especificamente, set/2014, assim sendo, devido as deduções indevidas, o contribuinte escriturou e recolheu o

ICMS Regime Normal - Indústria (cód. 0806) a menor, ressaltando que de agosto a dezembro/2014 o contribuinte entregou EFD escriturada corretamente, entretanto, recolheu a menor o ICMS Regime Normal Indústria.”

Da análise dos autos pode-se verificar que o Julgador da decisão recorrida considerando que o Contribuinte estava habilitado aos benefícios do DESENVOLVE o que lhe possibilitava a carga tributária apontada pelos seus livros fiscais, para dirimir essa questão requereu a realização de Diligência à ASTEC, que expediu o Parecer 0012/2018 (fls. 330/334) afirmando, conforme atesta o Relator *a quo*: “*que o processo fabril do contribuinte autuado consiste na industrialização de soja, seja na forma extrusada, farelada, além de soja farelada, todas atendendo ao conceito de ração. Asseverou ainda que respectivas operações de saídas foram registradas com os códigos CFOP 5102 e 6102, quando deveria registrar com o CFOP 5101 e 6101.*”

Assim, considerando que a própria Auditora Fiscal, ao tomar conhecimento do resultado da diligência, admitiu a existência do erro na descrição dos códigos das operações, refez o levantamento do Saldo Devedor Passível de Incentivo pelo Desenvolve (SDPI) em conformidade com a Instrução Normativa nº 27/09, e elaborou novo demonstrativo, reduzindo a exigência R\$3.503.867,03 para R\$10.104,36, de acordo com o quadro acostado aos autos (fl. 381).a

Portando, considerando tratar-se de um erro na autuação, a qual foi devidamente revisada pela própria Autuante, revisão essa que, conseqüentemente, também foi acatada pelos julgadores da 1ª JJF, concluo que não cabe reparo à decisão ora recorrida.

Pelo exposto, tendo sido esclarecidas as questões fáticas e por concordar integralmente com a Decisão recorrida, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 Auro de Infração nº **300766.3010/16-4**, lavrado contra **AGROPECUÁRIA OLHO D'ÁGUA RAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.104,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2019.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS