

PROCESSO	- A. I. N° 232884.0010/18-4
RECORRENTE	- CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF n° 0056-06/18
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 24/07/2019

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0123-11/19**

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOR DO ICMS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. O autuante comprovou que o gás natural é utilizado no processo produtivo do recorrente como combustível para fornecimento de calor na produção industrial, com geração de energia e vapor, agentes necessários à industrialização de pneus. Os créditos das respectivas entradas devem ser considerados para a apuração do saldo devedor passível de incentivo (SDPI). O essencial para se determinar se o crédito vai fazer parte da apuração do SDPI é a sua efetiva vinculação ao projeto aprovado, e não ao CFOP no qual foi classificada a operação. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 6ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) nº 0056-06/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado no dia 28/08/2018 para exigir ICMS no valor histórico de R\$1.777.334,07, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996, sob a acusação do cometimento da irregularidade assim discriminada no Acórdão originário:

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

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 18/12/2018 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 191 a 196), nos termos a seguir reproduzidos:

“VOTO

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

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

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

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

Constam no PAF a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, os dispositivos da legislação tributária infringidos, a tipificação da multa, a base de cálculo do imposto, alíquota e valor do ICMS exigido.

Todos esses elementos permitem ao impugnante o pleno exercício do seu direito de defesa, não se verificando nenhuma das hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1981.

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

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

Com respaldo no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF-BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 212 a 235, no qual inicia informando exercer a atividade econômica de manufatura de pneumáticos e câmaras de ar.

Suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de não conter a descrição detalhada da suposta irregularidade, o que implica cerceamento dos direitos à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal.

Segundo alega, no levantamento elaborado pelo Fisco não há a clara discriminação de quais CFOPs (códigos fiscais de operação) o auditor estornou dos créditos não vinculados ao projeto aprovado (CNVP), bem como de qual norma dispõe sobre a sistemática de cálculo a ser adotada.

Em referência ao mérito, entende que foi acusado justamente por ter pautado a sua conduta na estrita obediência à Instrução Normativa SAT nº 27/2009, segundo a qual os créditos decorrentes das operações com gás natural – CFOP nº 1.653, não devem ser incluídos no SDPI (saldo devedor passível de incentivo; item 2.2.20 da Instrução Normativa).

Na sua concepção, a Instrução Normativa aponta objetivamente quais são as operações vinculadas e não vinculadas, não sendo permitido que se leve a efeito interpretação paralela sobre o assunto.

Em seguida, à fl. 223, transcreve o item 2.2.20 (da Instrução Normativa SAT nº 27/2009) e argumenta que o CFOP nº 1.653 (gás natural) não se encontra no rol de exceção.

“2.2.20. Entradas de combustíveis, derivados ou não de petróleo e lubrificantes 1.650 e 2.650, exceto as classificadas nos subitens 1.651 e 2.651 (compra de combustível ou lubrificante para industrialização subsequente) e 1.658, 2.658 (transferência de combustível ou lubrificante para industrialização);”

A metodologia que utiliza, de acordo com a planilha de fl. 224, resulta em saldo devedor de ICMS diferido maior do que o apurado pela Fiscalização e em saldo devedor não incentivado menor (a recolher).

Fundamentado em jurisprudência e alegando a inexistência de dolo, fraude ou simulação, aduz que a Instrução Normativa SAT nº 27/2009 deve ser interpretada nos exatos termos do art. 111 do CTN (Código Tributário Nacional), do que decorre a ilegalidade da acusação fiscal e da Decisão recorrida.

Com base em critérios de razoabilidade e proporcionalidade, destacando que não se valeu de artifícios inidôneos para fraudar o Erário, assinala que, ainda que mantida a autuação, a multa não é aplicável, considerando o quanto disposto nos artigos 100, parágrafo único (transcrito à fl. 231) e 112 do CTN (há discussão quanto ao texto da Instrução Normativa SAT nº 27/2009).

Outro ponto que não teria sido analisado pelo órgão da instância de base seria a constitucionalidade do percentual de 60% de multa e o seu caráter confiscatório. Não se trata de desconstituir a base jurídica da penalidade, mas a interpretação da exigência e as condições com as quais foi aplicada.

Encerra pleiteando o acolhimento do Recurso.

VOTO

As normas que discriminam a metodologia correta de apuração, no caso, aquelas da Instrução Normativa SAT nº 27/2009, foram devidamente destacadas no corpo da peça inicial, bem como citadas pela JJF.

Trata-se de legislação complementar – de cunho interno da Administração Tributária, sem força no sentido de obrigar os particulares a fazerem ou deixarem de fazer o que quer que seja, mas de orientar os prepostos fiscais sobre como devem atuar ao se depararem com a situação específica.

Portanto, de nada vale a suposta obediência à literalidade das suas normas, caso configurada violação aos comandos da Lei nº 7.980/2001, que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, e do Decreto nº 8.205/2002, que a regulamenta, estes sim de observância obrigatória, questão de mérito a ser pormenorizada nos parágrafos seguintes.

Não invalida o lançamento de ofício o fato de não ter sido especificado no levantamento o código de operação (CFOP) das aquisições que ensejaram a sua lavratura, desde que claramente discriminadas na descrição dos fatos, no próprio demonstrativo e na respectiva apuração do valor devido.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros deste colegiado estão presentes nos autos. Com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999, indefiro o pedido de diligência, direta ou indiretamente formulado.

No mérito, a Resolução nº 153/2011 habilitou o recorrente aos benefícios do Programa DESENVOLVE para a produção de pneus e concedeu dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do imposto relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Portanto, somente devem ser deduzidos do cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher - cujo prazo não foi postergado -, os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do Programa.

O autuante comprovou que o gás natural é utilizado no processo produtivo do recorrente como combustível para fornecimento de calor na produção industrial, com geração de energia e vapor, agentes necessários à industrialização de pneus. Por conseguinte, os créditos das entradas devem ser considerados para a apuração do saldo devedor passível de incentivo (SDPI). O essencial para se determinar se o crédito vai fazer parte da apuração do SDPI é a sua efetiva vinculação ao projeto aprovado, e não ao CFOP no qual foi classificada a operação.

No tocante à multa, este Conselho não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, muito menos para negar eficácia à norma emanada de autoridade superior contida no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996, conforme o art. 167, I e III do RPAF-BA/1999.

Não existem dúvidas aptas a ensejar a aplicação do art. 112 do CTN.

Em face do exposto, voto pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 232884.0010/18-4, lavrado contra CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.777.334,07, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de maio de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS