

A. I. N° - 232857.0008/17-4
AUTUADO - BAHIA EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ LUCIANO MATURINO DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/06/2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0101-03/19

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. DESENVOLVE. REDUÇÃO O MONTANTE DO IMPOSTO. O sujeito passivo não apresenta em sede de defesa qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Reduzida a multa aplicada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/09/2017, para exigir o crédito tributário no valor de R\$641.710,25, acrescido da multa de 100%, através da Infração 01 - 03.08.05. Recolhimento a menos 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, nos meses de janeiro a abril, setembro e dezembro de 2013, janeiro a maio, julho a outubro de 2014. Demonstrativos às fls. 10 a 74 e CD à fl. 75.

Consta como complemento que o “*Contribuinte atua na fabricação de artefatos de material plástico para uso pessoal e doméstico e beneficiário do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, através das Resoluções nº: 78/2005, 88/2010 e 89/2010. Primeira Ocorrência: Contribuinte adquiriu matérias primas e as incluiu no tratamento tributário do programa Desenvolve; posteriormente, efetua Operações de VENDAS internas e interestaduais de produtos denominados: compostos e compostos especiais, CFOP 5101 e 6101. SALIENTAMOS A GRANDE QUANTIDADE DOS PRODUTOS COMERCIALIZADOS. Segunda Ocorrência: 2014 - Contribuinte efetua OPERAÇÕES DE REMESSAS interestaduais para industrialização por encomenda a empresa DYNAPLAST INDUSTRIAL LTDA situada no estado de São Paulo > CFOP 6124 e, no retorno dos produtos industrializados, recebe 2 Notas Fiscais da Entrada, a saber: uma sobre os serviços referentes à industrialização e a escritura, corretamente, sobre o valor referente a Nota Fiscal de Prestação de Serviço como parcela não incentivada do programa Desenvolve, e para a segunda Nota Fiscal de Entrada dos PRODUTOS resultantes dessas remessas de matérias primas para industrialização são incluídos, equivocadamente, como se industrializados fossem por ele e sobre eles, produtos acabados , efetua operações de vendas e os incluem como se incentivados fossem no Programa Desenvolve; efetuamos a exclusão desses produtos dos incentivados e os classificamos como mercadorias adquiridas para comercialização. Para calculo do ICMS sobre o preço de saída e como forma mais benéfica ao contribuinte, consideramos o preço médio mensal de saída sobre o produto, utilizamos para rateio de alíquota o total da quantidade entrada no mês do produto industrializado fora do estabelecimento abatido as quantidades saídas do mesmo produto no mês praticando o método de PEPS, em vista do contribuinte não escriturar o Livro Controle de Produção e Estoque. VIDE PLANILHAS DE CÁLCULO INCENTIVO DESENVOLVE ONDE APRESENTAMOS OS VALORES APURADOS EM COLUNA DESTACADA VERSUS OS VALORES APRESENTADOS PELO FISCALIZADO”.*

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 30 a 85, inicialmente, observa a tempestividade da impugnação e alega nulidade da autuação, visto que está eivada por vício na determinação da base de cálculo, quando da apuração da infração pelo Autuante.

Explica que a infração decorre de suposto erro no cálculo do incentivo do DESENVOLVE em função de industrialização de outros produtos efetuada por encomenda, no qual o auditor não

aplicou corretamente a IN nº 27/09, na apuração do débito correspondente ao valor acrescido em decorrência de industrialização em outro estabelecimento, cujo teor reproduz.

Destaca que a legislação que rege a matéria, manda expurgar o valor pertinente a essas operações decorrentes de industrialização por terceiro, através do DVA, o que estava sendo feito pela empresa como prevê a legislação e como apresentado nas planilhas de cálculo ao auditor.

Assinala que ao desconsiderar a forma de cálculo estabelecida por lei, o Autuante além de lhe prejudicar, cria o crédito tributário muito além do que o realmente existente, maculando a infração por erro na determinação da sua base de cálculo, nos termos do art. 18 do RPAF-BA/99.

Ressalta que o Autuante sequer aponta quais os dispositivos legais supostamente infringidos pelo contribuinte, demonstrando ainda mais a ausência de utilização da legislação de forma correta na sua autuação.

Em relação à multa aplicada, afirma ser exorbitante, invocando o princípio da eventualidade, caso não seja acatada a improcedência da Infração.

Observa que a fiscalização aplicou multa de 100% pelo cometimento de infração, salientando que, caso entenda cabível a aplicação de penalidade pelos fatos narrados, jamais poderá ser de 100%, enquadrando a suposta infração no disposto pelo art. 42, inciso IV, alínea “j” da Lei nº 7.014/06.

Assevera ser a multa de 100% aplicada, totalmente equivocada, abusiva e excessiva, frisando que o dispositivo da autuação se destina aos casos em que “se constata qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei”. Afirma que para ser aplicada a multa sugerida no Auto de Infração, é necessária demonstração indubitável de que agiu com o *animus* de fraudar o fisco, o que não ocorreu no presente caso.

Declara, que a informação do preposto fiscal é desprovida qualquer prova da afirmação posta no dispositivo, pois o que aconteceu foi uma interpretação equivocada da legislação, por parte do contribuinte, a qual gerou um erro na determinação da base de cálculo do Imposto, erro este, inclusive, que lhe onerou e sequer lhe trouxe benefício. Ressalta ainda, que o cometimento de erro no cálculo de imposto é fato passível de ser cometido por qualquer um, inclusive pelo Autuante que também se equivocou na apuração dos valores lançados em Auto de Infração, sem, contudo, ser considerado que ocorreu a intenção de fraudar o Fisco, ou o contribuinte.

Sustenta não restarem dúvidas de que, caso mantida a Infração, a multa aplicável é a de 60%, prevista na alínea “f”, do inciso II. Por isso pugna pela redução da multa.

Requer a Nulidade do Auto de Infração, conforme determina os artigos 18 e 39, inciso III do Dec. nº 7.649/99, em razão do erro cometido pelo Autuante quando do lançamento fiscal.

Pugna ainda, caso ultrapassada a nulidade suscitada, seja o Auto de Infração Parcialmente Procedente, para que seja apurado possível crédito com a correta aplicação da IN nº 27/09, notadamente quanto aos produtos sujeitos à remessa por industrialização de terceiro, bem como seja reduzida a multa aplicada, pelos motivos já narrados.

Na Informação Fiscal, fl. 96, o Autuante frisa que o contribuinte protocolou peça defensiva intempestiva, conforme Termo de Revelia, lavrado em 22/12/2017, fls. 79, com base nos artigos 10, 109, 111, 112, 121 e 123 do RPAF-BA/99, contra a penalidade, lavrada em 27/09/2017, posteriormente via AR, em 20/10/2017, vide fls. 77.

Afirma que a infração e o enquadramento legal, encontram-se claramente descritos no corpo do Auto de Infração, também as práticas irregulares, em desacordo com os fundamentos que norteiam o programa DESENVOLVE.

Revela que os argumentos da defesa são protelatórios, visando, tão-somente, postergar a sua obrigação de recolher o quanto apurado.

Conclui mantendo o procedimento fiscal e pugna pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, verifico que, de acordo com a Intimação da Lavratura, fls. 76 e 77, cujo Aviso de Recebimento - AR, datado de 20/10/2017, e recepcionado nessa mesma data pelo Impugnante, a Defesa protocolizada na repartição fazendária em 18/12/2017, fl. 80, afigura-se tempestiva.

Depois de compulsar as peças que integram o presente PAF, constato que se configura devidamente formalizado, haja vista que preenche totalmente as exigências preconizadas pela legislação de regência, precípuamente as elencadas nos artigos 18 e 39 do RPAF-BA/19.

No caso em análise, fica patente que a acusação fiscal é assaz clara, tanto na descrição dos fatos, quanto no enquadramento legal da infração e nos demonstrativos de apuração analíticos e sintéticos acostados aos autos às fls. 10 a 74 e CD, contendo todos os arquivos, cujas cópias foram entregues ao Impugnante. Não se encontra no presente PAF, violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, devidamente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação e na articulação de suas razões de defesa.

Assim, nos termos expendidos, não deve prosperar a preliminar de nulidade suscitada pelo Autuado. Fica refutada também a alegação de que não foram apontados os dispositivos legais.

No que concerne à alegação de aplicação incorreta da IN 27/09, por se tratar matéria atinente ao mérito da autuação, será tratada por ocasião do enfretamento do mérito.

Logo, considero ultrapassada a questão atinente à preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

No mérito, o Auto de Infração cuida do recolhimento a menos 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.

De plano, consoante indicação expressa nos demonstrativos de apuração elaborados pelo Autuante e acostados aos Autos, cujas cópias foram entregues ao Impugnante, cabe esclarecer que todas as operações arroladas no levantamento fiscal, tratam de mercadorias e produtos não incentivados, ou seja, não alcançadas pelo benefício previsto pelo Desenvolve, conforme Resoluções de nºs 78/2005, 88/2010 e 89/2010, vigentes à época da ocorrência dos fatos geradores.

Conforme consta na “Descrição dos Fatos” e discriminado no Demonstrativo de Apuração, o Autuado adquiriu matéria prima e posteriormente promoveu vendas interna e interestaduais - CFOPs 5.101 e 6.101, dando o tratamento tributário do Programa Desenvolve.

Verifico que, especificamente sobre essas operações que abrangem os exercícios de 2013 e 2014, a defesa não se manifestou, pelo que, resta evidenciado o seu tácito acolhimento da acusação fiscal.

Em suma, no tocante à apuração relativa às operações de revenda de matéria prima, portanto, não alcançada pelo benefício do Desenvolve, a defesa não apresentou qualquer contestação à acusação fiscal.

Quanto às apurações realizadas no exercício de 2014, referentes às remessas para industrialização em outro estabelecimento, constato, dos elementos constantes dos autos, que o Autuado efetuou operação de remessas interestaduais para industrialização, por encomenda a empresa paulista, DYNAPLAST INDUSTRIAL LTDA, - CFOP 6.124, e no retorno, os produtos industrializados foram acompanhado por duas Notas Fiscais, uma sobre os serviços referentes à industrialização e corretamente escriturada, sobre o valor referente à Nota Fiscal de Prestação de Serviço como

parcela não incentivada do programa Desenvolve, e outra Nota Fiscal de Entrada dos produtos resultantes dessas remessas de matérias primas para industrialização, foram incluídos, equivocadamente como se industrializados fossem por ele, e sobre eles, produtos acabados, efetua operações de vendas e os incluem como se incentivados fossem no Programa Desenvolve.

Observo que o Autuante procedeu à exclusão desses produtos do rol dos incentivados, e os classificou como mercadorias adquiridas para comercialização.

Em sede de defesa, o Impugnante rechaçou a acusação fiscal alegando, tão-somente, que, em relação às operações de industrialização efetuada por encomenda, o Autuante, ao proceder à apuração do débito exigido, fez nascer um crédito tributário muito além do efetivamente existente, por não ter aplicado corretamente o que determina o item 6 da IN nº 27/09.

“Instrução Normativa nº 27/09

[...]

6 - O débito correspondente ao valor acrescido em decorrência de industrialização efetuada em outro estabelecimento, previsto no subitem 2.1.31., será calculado aplicando-se a seguinte fórmula:

DVA = AMP x VAI, Onde:

DVA = débito correspondente ao valor acrescido;

AMP = alíquota média ponderada das saídas com os produtos vinculados ao projeto aprovado, calculada dividindo-se o valor do débito total apurado no mês com as saídas dos referidos produtos pelo valor total das respectivas operações, incluídos os valores das operações cujas saídas ocorreram sem tributação;

VAI = valor acrescido relativo aos retornos das mercadorias enviadas para industrialização no mesmo mês de apuração.”

Conforme se verifica nos demonstrativos de apuração acostado às fls. 27 a 35, e no CD, fl. 75, os produtos industrializados por terceiros são os seguintes: Mesa Monobloco BR, Poltrona Ásia, Poltrona Europa, Poltrona Nice, Poltrona Niterói e Bistrô Itaparica.

Depois de compulsar o teor das Resoluções de nºs 78/2005, 88/2010 e 89/2010, constato que de fato, os produtos, objeto da autuação, no que diz respeito às remessas para industrialização, não são vinculados aos benefícios do desenvolve, uma vez que somente passaram a figurar expressamente como habilitados com a redação atual do Caput do art. 1º, com a alteração da Resolução 78/2005, através da Resolução nº 85, de 21/11/2017, DOE de 30/11/2017, efeitos a partir 30/11/2017, *in verbis*.

“Resolução Nº 78/2005

[...]

Art. 1º Considerar habilitado, “ad referendum” do Plenário, aos benefícios do Programa Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o projeto de implantação da BAHIA EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA., localizado no município de Feira de Santana - Bahia, para produzir embalagens plásticas e a partir de 1ª de novembro de 2017, fabricação de mesas, cadeiras, garrafeiras e outros artefatos de plásticos para uso pessoal, domésticos e outros não especificados sendo concedido os seguintes benefícios:”

Do exame da intelecção da IN nº 27/09, verifico restar também claramente evidenciado que a fórmula de cálculo expressa no item, apontada pelo Autuado, como sendo a aplicável ao presente caso, não há como prosperar a tese da defesa, haja vista que o referido método de cálculo se refere às saídas previstas no item 2.1.31, isto é, saídas com produtos vinculados ao projeto, como indubidousamente se depreende do aludido dispositivo normativo, *in verbis*:

2.1.31. Saídas com produtos vinculados ao projeto, relativamente ao débito correspondente ao valor acrescido em decorrência de industrialização efetuada em outro estabelecimento;

Portanto, como os produtos arrolados no levantamento fiscal, por ocasião da ocorrência dos fatos geradores, não se encontravam vinculados ao Desenvolve, não há que se falar em aplicação da

fórmula estatuída para apuração do débito de remessa para industrialização por encomenda efetuada em outro estabelecimento, previsto no subitem 2.1.31.

Dessa forma, remanesce patente que o defendante não trouxe aos autos elementos de prova necessários e suficientes, com o condão de elidir a acusação fiscal.

Assim, na forma supra expendida, entendo que a autuação deve ser mantida e acato o demonstrativo elaborado pelos Autuantes, declarando procedente a autuação.

Em relação à multa, lançada no percentual de 100% do imposto, a arguição do Impugnante de que no presente caso não ocorreria qualquer dos casos extremos elencados na alínea “j”, do inciso IV, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, constato que assiste razão à defesa, tendo em vista não constar dos autos elemento algum que comprove inequivocamente ter ocorrido qualquer ação ou omissão fraudulenta.

Assim, ocorrido erro na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, e tendo os documentos sido emitidos e escriturados regularmente, em consonância com a disposição expressa contida na Lei nº 7.014/96, a multa aplicada deve ser a prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 42.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, com a redução da multa para 60%.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232857.0008/17-4, lavrado contra **BAHIA EMBALAGENS PLÁSTICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$641.710,25**, acrescido da multa 60%, prevista na alínea “a”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18, **tendo em vista alteração ocorrida no valor da multa, com repercussão no total do crédito tributário.**

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA