

A. I. Nº - 121644.0116/18-4
AUTUADO - FEX INDÚSTRIA DE PAPEIS LTDA.
AUTUANTE - JOSE LIMA DE MENEZES
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0116-04/19

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DILATADO. Corrigidos equívocos na elaboração dos demonstrativos fiscais, do que resultou na diminuição do valor do ICMS exigível. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/12/2018, exige ICMS no valor de R\$1.169.818,92, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01-03.08.03 - “Recolheu a menor o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve.” Multa aplicada de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 47 a 51, e inicialmente transcreve o teor da infração. Após, assevera que os cálculos realizados pelo auditor fiscal contêm erros materiais, estabelecendo valores a maior a serem pagos pelo contribuinte, urgindo mencionar que basta prova em contrário, para que seja ilidida a presunção relativa de que porta o Auto de infração.

Frisa que os princípios constitucionais (capacidade contributiva, legalidade, não confisco, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros) deixaram de ser normas programáticas para serem princípios constitucionais com força normativa e de observância obrigatória por todos os representantes dos três Poderes do Estado.

Diz que em decorrência do neoconstitucionalismo deve-se efetivar os direitos fundamentais, entre eles o da tributação justa, colocando o contribuinte no centro da tributação e não a arrecadação como núcleo daquela. Para corroborar o seu entendimento transcreve lições do Juiz Federal Renato Lopes Becho, titular da 10ª Vara Federal de Execuções Fiscais de São Paulo/SP.

Pede que a matéria seja analisada sob o viés do neoconstitucionalismo e com a devida proteção do contribuinte.

Em seguida pede a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, até o término do processo administrativo com base no artigo 151, inciso III do Código Tributário Nacional – CTN.

No mérito assevera que na elaboração dos cálculos realizados no auto de infração, houve erros materiais, sendo o Contribuinte autuado em valor superior ao que é de fato devido.

Informa estar apresentando os cálculos corretos, decorrentes do ICMS, e percebe-se haver diferença notória entre os valores realmente devidos e os apresentados pelo auditor fiscal, uma vez que o valor apresentado na intimação é de R\$1.169.818,92 (um milhão cento e sessenta e nove mil oitocentos e dezoito reais e noventa e dois centavos), montante este que, quando somado à multa e às obrigações decorrentes de mora, totalizam R\$2.240.884,79 (dois milhões duzentos e

quarenta mil oitocentos e oitenta e quatro reais e setenta e nove centavos), numerário que ultrapassa bastante o que de fato é devido

Diz que embora tenha ocorrido erro material na elaboração dos cálculos por parte do Fisco, reconhece que há, de fato, valores devidos, decorrentes de operações não contempladas pelo Programa de benefícios fiscais Estadual. Sendo tais valores decorrentes de Débitos por Saídas de Produção Estabelecimento, de código CFOP nº 6.102, débitos estes não contemplados no programa de benefício fiscal, conforme planilhas demonstrativas, devidamente acompanhadas dos livros de apuração [Doc. 02], o valor gerado em decorrência de tais operações totaliza o montante de R\$183.748,30 (cento e oitenta e três mil, setecentos e quarenta e oito reais e trinta centavos).

Desse modo, percebe-se a elevada diferença entre os valores apresentados pelo Fisco e pelos valores realmente devidos pelo Contribuinte, uma vez que a diferença dá-se no valor de R\$986.070,62 (novecentos e oitenta e seis mil, setenta reais, sessenta e dois centavos).

Pelos motivos expostos pede a improcedência do Auto de Infração, ao mesmo tempo em que informa estar apresentando os cálculos devidamente elaborados, conjuntamente com as planilhas demonstrativas e os livros de apuração, ficando claro o equívoco no apontamento dos valores decorrentes do ICMS de sua responsabilidade.

Reclama da multa cominanda que entende ser inconstitucional e desproporcional, informando que o Supremo Tribunal Federal – STF vem há muito tempo pronunciando-se quanto à inconstitucionalidade e falta de senso de justiça de multas por descumprimento de obrigações tributárias pautadas em patamares exagerados, sob o fundamento de que “a desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao texto constitucional federal.

Acrescenta que também este é o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ e transcreve decisões neste sentido.

Conclui que a cominação de sanção na importância na importância em que fora arbitrada, consubstanciada em R\$701.891,34 (setecentos e um mil, oitocentos e noventa e um mil reais e trinta e quatro centavos), afronta os princípios constitucionais da Razoabilidade, Proporcionalidade, Legalidade, Preservação Social da empresa, bem como o do Não-confisco.

Assim, na remota hipótese de manutenção da penalidade cominada, que a mesma seja reduzida a patamares proporcionais a suposta infração, alicerçando-se nos Princípio do Livre Convencimento do Julgador, nos princípios acima trazidos e na jurisprudência pacífica das cortes supremas, por tratar-se de penalidade ultrajante.

Finaliza solicitando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do Código Tributário Nacional – CTN, para que seja improcedente o auto de infração, e consequentemente da multa atribuída para que seja aceito o cálculo apresentado, no valor de R\$183.748,30 (cento e oitenta e três mil, setecentos e quarenta e oito reais e trinta centavos).

Sucessivamente, na abstrata hipótese de indeferimento do pedido acima, que seja reduzida a penalidade, em observância aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, preservação social da empresa e não confisco.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fls. 82 a 84 diz que na execução dos trabalhos, adotou o seguinte itinerário lógico:

1. Verificação, mês a mês, a partir dos documentos e escrituração fiscal digital, da conta corrente do imposto.
2. Apuração da base de cálculo da parcela do saldo devedor sujeita a dilação de prazo. Esta se aplica à *parcela do saldo devedor decorrente de saídas de fabricação própria, apenas*. Neste

ponto, somaram-se os débitos do imposto, decorrentes de saídas de fabricação própria, e deles subtraíram-se os créditos por entradas de matérias-primas, material secundário e de embalagem.

3. Cálculo da parcela sujeita a dilação: multiplicação da base de cálculo pelo percentual de 90%, previsto na Resolução concessiva do incentivo.

4. Cálculo da parcela não sujeita a dilação: Saldo devedor do período, menos parcela sujeita a dilação.

5. Cálculo das INSUFICIÊNCIAS de recolhimento: parcela não sujeita a dilação, menos pagamentos efetuados, valores incluídos em autos/notificações anteriores, ou em denúncia espontânea.

Salienta que no exercício de 2016, o contribuinte promoveu venda de mercadorias adquiridas a terceiros (notas fiscais relacionadas em fls. 14 a 40), e que tais saídas não incide o benefício da dilação do prazo de recolhimento. Deste modo, a auditoria excluiu, da base de cálculo para efeito da parcela diferida do saldo devedor, os débitos a elas pertinentes (fls. 13).

Faz um resumo dos argumentos defensivos arrematando que o contribuinte pede a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, improcedência do auto e da multa, e aceitação, com o valor devido, da quantia de R\$183.748,30.

Após passa a prestar os seguintes esclarecimentos:

I) *O Neoconstitucionalismo é uma doutrina que sugere um modo especial de interpretar e de aplicar a Constituição. A matéria do auto de infração diz respeito a fatos e cálculos. O que se põe, no lançamento impugnado, não decorre de critério de interpretação constitucional. De tal sorte, o argumento trazido é minimamente impróprio para o presente mister.*

II) *A suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorre, normalmente da incidência da norma veiculada no inciso III do artigo 151 do CTN sobre o fato Impugnação na via administrativa. Quanto a isto, a Fazenda Pública, rotineiramente, respeita o direito do Contribuinte.*

III) *Tendo em vista o argumento trazido pela defesa, de que a auditoria teria incorrido em erro material no cálculo dos valores devidos, REVISEI todos os procedimentos, à luz dos documentos fiscais e da escrituração fiscal digital. Nessa revisão, consoante a Lei, os documentos fiscais e a escrituração fiscal digital, NÃO ENCONTREI ERROS. E em não tendo encontrado erros, MANTENHO A AUTUAÇÃO, na sua integralidade.*

Após informa que estudou a metodologia adotada nas planilhas juntadas pela defesa (fls. 56 a 76). Nelas, tomou-se como base de cálculo para a dilação o valor dos débitos por saídas de produtos de fabricação própria. Contudo, a dilação, segundo a Lei, é para o saldo devedor decorrente de saídas de produtos de fabricação própria, portanto o erro está na metodologia adotada pelo contribuinte.

Finaliza mantendo integralmente o valor exigido no Auto de Infração.

Às fls. 86 a 90 foi anexado extrato emitido pelo sistema SIGAT referente ao parcelamento do débito nº 570219-4, efetuado pelo contribuinte, no valor histórico de R\$183.717,98.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS recolhido a menos em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia

O defendente na apresentação da defesa alega que na apuração do benefício do DESENVOLVE a fiscalização cometeu erros materiais resultando em apuração de valores maiores do que o efetivamente devido.

Por outro lado reconhece como devido o valor de R\$183.748,30, em razão da inclusão indevida de Débitos por Saídas através do código fiscal nº 6.102, estes não contemplados no programa de

benefício fiscal. Apresenta planilhas demonstrativas, acompanhadas dos livros fiscais, inseridos nos arquivos de sua Escrituração Fiscal Digital- EFD.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal mantém integralmente o valor originalmente exigido salientando que: *“no exercício de 2016, o contribuinte promoveu venda de mercadorias adquiridas a terceiros (notas fiscais relacionadas em fls. 14 a 40). Sobre tais saídas não incide o benefício da dilação do prazo de recolhimento. Deste modo, a auditoria excluiu, da base de cálculo para efeito da parcela diferida do saldo devedor, os débitos a elas pertinentes (fls. 13).”*

Da análise dos documentos que embasaram o presente lançamento, fl. 6 a 40, constato que no exercício de 2015 a fiscalização apurou os débitos por saídas da produção do estabelecimento da através do somatório dos débitos fiscais referentes às operações classificadas nos CFOPs: 5101; 5910;5949; 6101; 6910; 6911, conforme se verifica no demonstrativo de fls. 09. No exercício de 2016 seguiu o mesmo procedimento, fl. 13, porém, excluiu valores referentes às saídas adquiridas de terceiros lançadas como “Saídas de produtos de Fabricação própria”, relacionadas no demonstrativo de fls.14 a 40.

Para a apuração do saldo devedor passível de incentivo informado na referida planilha no campo“(C) BASE DE CALCULO- PAECOLA DIFERIDA, foram abatidos os créditos dos períodos.

Após a aplicação do percentual de 90% sobre tais valores os resultados obtidos foram comparados com os saldo devedores mensais apurados pelo contribuinte e informados no livro Registro de Apuração do ICMS , conforme se verifica nas planilhas de fls. 7, 8, 10 e 12.

A título de exemplo cito o mês de fevereiro de 2015:

BC PARCELA DIFERIDA(fl.9)	104.948,14
0,90	94.453,33
S. DEVEDOR DO PERÍODO(fl.7)	303.301,44
IMPOSTO RECOLHER (FL.7)	208.848,11
RECOLHIMENTOS EFETUADOS (FL.7)	33.723,52
INSUFICIÊNCIAS DE RECOLHIMENTO	175.124,59

Ocorre que ao confrontar os valores dos CFOPs indicados no referido demonstrativo elaborado pelo autuante, às fls.09 e 13, com os inseridos na Escrituração Fiscal Digital- EFD, anexada pelo sujeito passivo na mídia de fl. 77, constatei diversas divergências a exemplo dos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2015, conforme indicado:

fev/15			mar/15		abr/15		mai/15	
CFOP	Autuante	EFD	Autuante	EFD	Autuante	EFD	Autuante	EFD
5101	103.700,42	165.868,12	103.884,65	198.638,61	101.121,59	156.893,90	42.661,97	156.213,34
5910	182,28	566,39	173,28	617,70	2.081,13	1.490,44	709,84	747,02
5949	18,36	-					18,53	
6101	96.258,92	211.251,95	111.562,98	202.849,29	98.748,86	178.229,54	67.544,55	193.431,09
6102				16.227,36				28.418,83
6910	-		39,45		604,64	153,12	153,12	
6911	-							
	200.159,98	377.686,46	215.660,36	418.332,96	202.556,22	336.767,00	111.088,01	378.810,28

No exercício de 2016 também ocorreram os mesmos equívocos, sendo o mais relevante o relativo ao mês de agosto, cujos valores transcrevo:

ago/16		
CFOP	Autuante	EFD
5101	22.716,21	227.166,21
5910	1.954,26	1.954,26
5915		3.600,00
5949		
6101	343.532,43	343.532,43
6102		5.627,50
6910	619,52	619,52
6911		
EXCLUSÕES	11.265,54	
	357.556,88	582.499,92

Dessa maneira, o cálculo levado a efeito pelo autuante encontra-se totalmente comprometido, por ter sido considerado valores que não coincidem com os inseridos na escrituração fiscal do contribuinte, exceto no mês de janeiro de 2015.

Ressalto que os dados informados pelo contribuinte nas EFDs, inseridos na mídia de fl. 41 estão idênticos aos enviados a esta secretaria, de acordo com consulta que realizei.

Por outro lado, feitas as verificações nos demonstrativos elaborados pelo sujeito passivo, fls. 56 a 76 verifico que se encontra em conformidade com a Instrução Normativa SAT nº 27 de 02/06/2009, que dispõe sobre os procedimentos a serem adotados para o cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do estado da Bahia- DESENVOLVE, que assim determina:

1. *Para cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o contribuinte deverá efetuar ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa.*

2 - *O saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE será apurado pela seguinte fórmula:*

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.

Importante ressaltar que o contribuinte excluiu do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo do DESENVOLVE os valores relativos aos débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado decorrentes das Vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros – CFOPs 5.102 e 6.102, estes idênticos aos apurados pelo autuante às fls. 14 a 40, e diferenças de alíquotas, de acordo com os itens 2.1.1. e 2.1.27 da citada Instrução Normativa.

Assim, considero como corretos os valores apontados pelo defendente nos demonstrativos de fls. 56 a 76, conforme a seguir indicado:

Mês	Valor
jan/15	17.440,04
fev/15	15.296,57
abr-16	4.388,04

mai/16	16.339,71
jun-16	389,71
jul/16	11.900,20
ago-16	13.379,03
set/16	14.815,72
out-16	14.654,39
nov/16	37.513,21
dez-16	53.923,16
Total	200.039,78

Observo que nos de março, abril, maio, junho, agosto e setembro de 2015 o contribuinte teria pago a mais o imposto, entretanto, nesta fase processual tais valores não podem ser compensados. Ressalto, entretanto, que poderá o contribuinte, assim querendo, ingressar com pedido de restituição do tributo eventualmente pago indevidamente, à autoridade fazendária competente mencionada no artigo 79, inciso I, alínea “b”, do RPAF/BA, com a comprovação de que, efetivamente houve o alegado pagamento indevido do tributo.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade, saliento que a multa aplicada, encontra-se prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF-BA.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158, do RPAF/BA.

No que diz respeito ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, informo que o presente processo já se encontra nesta condição, permanecendo nela até o julgamento de 2ª Instância deste Conselho.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração para exigir o ICMS no valor de R\$200.039,78, solicitando ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos, através do parcelamento de nº 570219-4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **121644.0116/18-4**, lavrado contra **FEX INDÚSTRIA DE PAPEIS LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$200.039,78**, acrescido da multa de 60%, prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso II, alínea “f”, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado pelo órgão competente desta Secretaria de Fazenda o valor já recolhido pelo sujeito passivo.

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” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de Julho de 2019

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR