

PROCESSO - A. I. Nº 269096.0005/18-2
RECORRENTE - COBREMACK INDÚSTRIA DE CONDUTORES ELÉTRICOS EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0099-02/19
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16/05/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0026-11/20

EMENTA: ICMS. 1. PROGRAMA DESENVOLVE. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. OPERAÇÕES REGISTRADAS NOS LIVROS FISCAIS. Comprovada a inadimplência do contribuinte em relação às parcelas não incentivadas, deve ser recolhido o valor total apurado de ICMS no período. Infração mantida. Mantida a Decisão recorrida. b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. USO INDEVIDO DE INCENTIVO FISCAL. Restou comprovado os recolhimentos referente ao tributo oriundo dos fatos geradores apurados em 28.02.2017, com vencimento em 09.03.2017, sendo recolhido em duas parcelas, dentro do próprio mês do vencimento, nos dias 24 e 28.03.2017, em face do determinado pelo Decreto nº 18.406, de 22.05.2018. Aplica-se a retroatividade benigna, excluindo da cobrança o valor correspondente ao período. Modificada a Decisão recorrida. **2. DIFERIMENTO. REFEIÇÕES. AQUISIÇÕES PARA CONSUMO PELOS FUNCIONÁRIOS. TERMO FINAL. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A legislação tributária estadual vigente dispõe sobre o diferimento do lançamento nos fornecimentos de refeições para quaisquer estabelecimentos de contribuintes, destinadas ao consumo dos empregados, para o momento em que ocorrer a entrada no estabelecimento do adquirente. Não comprovado o fornecimento gratuito das refeições aos funcionários. Infração procedente. Mantida a Decisão recorrida.. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”.** MULTA DE 60% SOBRE O VALOR DO IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. A antecipação parcial do ICMS devido não foi recolhida, porém sendo o imposto recolhido normalmente quando da operação de saída subsequente, cabível a aplicação da multa prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, conforme o disposto no § 1º desse citado artigo. Não caracterizado o alegado *bis in idem*. Base de cálculo calculada corretamente sobre o valor do imposto devido. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. **4. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL.** **a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** **b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigações acessórias. Multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. O sujeito passivo não conseguiu comprovar o registro dos documentos fiscais arrolados na autuação. Operações com a empresa

autuada devidamente comprovadas. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida destes itens. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decretada, de ofício, a redução da infração devido ao recolhimento comprovado. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário, impetrado pela autuada, em função da decisão prolatada pela 2ª JJF, através o Acórdão JJF nº 0099-02/19, lavrado em 14.06.2018, ciente em 18.06.2018, que determina o recolhimento de ICMS no valor original de R\$28.737.748,03, com os acréscimos legais, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01. 02.01.01.

Deixou de recolher de ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no montante de R\$ 6.440.217,39, multa de 60%, para fatos arrolados nos meses de setembro a dezembro de 2017.

Consta a informação do autuante de que:

“O contribuinte, beneficiário do Programa DESENVOLVE, deixou de recolher o ICMS nos prazos estipulados e, em decorrência perdeu o direito às reduções do imposto previstas em seus benefícios, devendo recolher integralmente o ICMS normalmente apurado”.

Infração 02. 02.04.03.

Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de fevereiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$ 41.323,33, proposta multa de 60%.

Infração 03. 03.08.05.

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, no total de R\$19.157.208,71, multa de 100%, no período de março a dezembro de 2015, janeiro, março a outubro e dezembro de 2016 e janeiro, fevereiro, abril a agosto de 2017.

Consta a indicação de que:

“em conformidade com o determinado no Art. 1º da lei n.º 13.564 de 20 de junho de 2016, o contribuinte deixou de recolher e comprovar o depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, das quantias devidas para os meses de julho e agosto de 2016 e, em decorrência disso, passou a dever integralmente o ICMS desses meses, sem direito a qualquer redução ensejada pelo programa DESENVOLVE”.

Infração 04. 07.15.03.

Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ser pago por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, no valor de R\$3.086.591,78.

Infração 05. 16.01.01.

Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a outubro e dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016, janeiro, fevereiro, abril a agosto, outubro a dezembro de 2017, no valor de R\$5.490,83.

Infração 06. 16.01.02.

Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo cominada multa percentual de 1% sobre o valor de cada entrada, totalizando R\$6.915,98.

Analisando o Auto de Infração, que diz respeito a fatos geradores dos exercícios de 2015, 2016 e 2017, a Impugnação apresentada pela autuada, protocolada em 10.08.2018, fls. 26 a 55, a Informação Fiscal prestada pelo autuante, protocolada em 20.03.2019, fls. 65 a 73, em sessão do dia 07.08.2019, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, por unanimidade dos seus componentes, através o

Acórdão JF nº 0099-02/19, fls. 109 a 131, assim se manifestou:

O presente lançamento constitui-se em seis infrações arroladas pela fiscalização, sendo todas elas objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Não foram suscitadas questões preliminares a serem analisadas, muito embora, em momentos da peça defensiva, a empresa autuada fale em nulidade, o que será analisado no momento propício, quando da análise de cada uma das infrações arroladas na autuação.

Passo, pois, a apreciar cada uma das infrações objeto da defesa, a iniciar pela de número 01, em relação à qual, em primeiro lugar, entendo necessário distinguir “cassação de benefício fiscal”, com “perda do benefício fiscal”.

Como já dito, a autuada foi beneficiada com a concessão de benefícios fiscais pelo Programa Desenvolve, através de competente e regular Resolução (124/2009).

Tal Programa, criado através da Lei 7.980 de 12 de dezembro de 2001, a qual assim previa no seu artigo 9º:

“Art. 9º - Implicará cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa:

I - A ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária”.

Da mesma maneira, o parágrafo único do mesmo artigo, determinava que: “o cancelamento da autorização, nos termos deste artigo implicará no vencimento integral e imediato de todas as parcelas vincendas do imposto incentivado pelo Programa, com os acréscimos legais”.

Através do Decreto 8.205/02, de 03 de abril de 2002 tal programa foi devidamente regulamentado.

Em seu artigo 4º, consta a seguinte determinação:

“Art. 4º - O recolhimento do ICMS pelo beneficiário do DESENVOLVE obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto”.

Já o artigo 18 vigente à época dos fatos geradores, trazia o seguinte comando:

“Art. 18 - A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês”. (Grifei).

Já o artigo 19, em seu caput, determinava que “implicará cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa”.

Ou seja: a norma de regência do Programa previa duas situações diversas para aqueles que de alguma forma não atendessem às determinações do mesmo: a perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada, no mês em que ocorresse inadimplência no recolhimento da parcela não sujeita ao incentivo do Programa (artigo 18), e o cancelamento da autorização para uso dos incentivos do programa, naquelas hipóteses elencadas no artigo 19 acima transcrito, cabendo, neste caso, de forma exclusiva, ao Conselho Deliberativo.

Dito isso, voltemos à acusação formulada pelo autuante, para verificar que a hipótese ocorrida no caso, foi aquela preceituada no artigo 18 do Decreto 8.205/02, qual seja, não tendo o sujeito passivo adimplido os valores das parcelas não incentivadas nos períodos indicados (setembro a dezembro de 2017), simplesmente perdeu o direito aos benefícios do Programa nos meses referidos.

Isso justifica o lançamento, realizado, como visto, em consonância com a legislação posta e vigente quando da ocorrência dos fatos geradores, bem como afasta qualquer pecha de nulidade ou irregularidade na autuação posta, tal como entendido na defesa apresentada.

Da mesma maneira, diante do comando emanado do artigo 4º do Regulamento do Programa, segundo o qual, reitero, “O recolhimento do ICMS pelo beneficiário do DESENVOLVE obedecerá às normas vigentes na legislação do imposto”, as infrações cometidas pelo sujeito passivo e que digam respeito a recolhimento do ICMS estão submetidas ao regramento encartado nas Leis 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) e 7.014/96 (Lei do ICMS), o que, inclusive, sustenta e torna legal a aplicação da multa ao caso, diferentemente do entendimento do contribuinte autuado.

Desta forma, respaldado em tal determinação, o autuante aplicou corretamente a multa indicada no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, prevista para apenação da conduta adotada pelo contribuinte, a qual, não

pode ser dispensada ou reduzida, não somente por possuir a necessária e devida base legal, como também falecer competência para tal por este órgão, pela revogação do artigo 159 do RPAF/99, decorrente da edição do Decreto 16.032, de 10/04/15, DOE de 11/04/15.

O contribuinte, igualmente confunde as obrigações para manutenção do benefício do Programa DESENVOLVE, com as obrigações tributárias relativas ao ICMS, as quais possuem regramento e normas próprias e específicas para tal imposto, erga omnes, ao passo que aquelas relativas ao Programa se cingem somente a este e seus beneficiários, não podendo adentrar em relação a matéria tributária, restrita às normas específicas para tal.

Restaria, portanto, diante do fato de o Processo Administrativo Fiscal buscar a verdade material, trazer a empresa a comprovação de ser indevida a acusação, pela existência do pagamento ou inexistência da obrigação tributária, o que não ocorreu.

E a propósito, entendo igualmente necessário, abordar, ainda que de forma rápida, o princípio da verdade material, pela importância que ele tem, não somente para o deslinde da questão aqui referida, como para todo o lançamento, diante da sua posição basilar no processo administrativo fiscal.

Odete Medauar (A Processualidade do Direito Administrativo, São Paulo, RT, 2ª edição, 2008, página 131) entende que “O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las”.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo, RT, 1 6ª edição, 1991, Página 581) entende que “O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente”.

Ressalte-se ainda, que tal princípio impõe à Administração Pública o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos. A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII assegura ao cidadão litigante, quer em processo judicial quer em processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Assim, percebe-se que a Carta Magna quis assegurar às partes litigantes garantias semelhantes tanto no processo judicial quanto no administrativo. Apesar disso, não se pode dizer que não existem diferenças entre eles, um dos mais expressivos elementos diferenciadores resulta da jurisdição.

Não se podem afastar, no processo administrativo fiscal, os diversos princípios informadores do processo judicial e garantias constitucionais do cidadão, entre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador.

Dessa forma, a valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição. E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos.

Nele, a produção de provas é de grande relevância, pois visa a obtenção da verdade, ou sua maior aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos atos formais realizados pelo agente administrativo, que se reveste o princípio da verdade material.

O Processo Administrativo Fiscal busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que, querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.

A denominada verdade material funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.

No processo existirão sempre três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte; c) verdade do julgador.

Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferir-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis.

São os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida.

Logo, a análise de tal princípio deve ser realizada à vista dos elementos presentes no processo.

Assim, em nome da verdade material, poderia o sujeito passivo, como forma de se contrapor à acusação fiscal, trazer os elementos de prova para o convencimento do julgador acerca da improcedência da infração 01, o que não aconteceu, e a torna, por tais razões, procedente.

Para a infração 02, a tese da defesa é a de que as operações de fornecimento de refeições para seus empregados não eram onerosas, e como tal, sobre as mesmas não poderia incidir a figura do diferimento.

A legislação vigente à época dos fatos geradores, explicitava que (RICMS/12 artigo 286, inciso VII):

“Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

(...)

VII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados”.

Tal dispositivo foi revogado pelo Decreto 18.085, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 01/01/18, tal como informado na defesa, porém, tinha plena vigência e aplicação na época dos fatos geradores.

Ao argumento de que tais fornecimentos estariam isentos do recolhimento do ICMS, a teor do artigo 265, caput, inciso III do RICMS/12, a empresa autuada sustenta a improcedência da autuação, sendo fato que as notas fiscais em tela, que integram o demonstrativo da infração elaborado pelo autuante, foram emitidas pela empresa Y da Silva Nogueira, sem destaque de imposto, e sem qualquer outra observação acerca da dispensa de recolhimento do imposto, até pelo fato da mesma ser optante do Simples Nacional.

Com efeito, o referido dispositivo acima mencionado prevê:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

II – As saídas internas de:

(...)

j - os fornecimentos de refeições sem fins lucrativos, em refeitório próprio, feitos por estabelecimentos industriais, comerciais ou produtores, diretamente a seus empregados, bem como por agremiações estudantis, instituições de educação ou de assistência social, sindicatos ou associações de classe, diretamente a seus empregados, associados, professores, alunos ou beneficiários, conforme o caso (Conv. ICM 01/75) “.

Não se questiona tal fato, porém, tal qual a infração anterior, também nesta é necessária e essencial a devida prova por parte da autuada de que as refeições são fornecidas de forma gratuita aos seus funcionários, o que não veio em momento algum aos autos, o que permite a aplicação dos artigos 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” e 143 do RPAF/99 “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”, razão pela qual fica a infração mantida.

Quanto à infração 03, a acusação é de recolhimento a menor do imposto devido, pela utilização indevida do benefício fiscal previsto no programa DESENVOLVE, englobando três situações, descritas pelo autuante: recolhimento a menor do ICMS não sujeito à dilação, parcela vencível no dia 09 do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, por erro na apuração da parcela sujeita à dilação; na segunda, exigiu o ICMS integral, abatido os valores recolhidos a título de ICMS Normal (Receita 0806) e ICMS DESENVOLVE (Receita 2175) devido à falta de recolhimento do Fundo de Pobreza na data da quitação da parcela sujeita à dilação em 29/06/2017 e 20/07/2017, respectivamente, ou seja, em momento posterior à vigência da Lei 13.564/16, que instituiu o Fundo de Pobreza, e por último, a empresa autuada recolheu a menor o valor do ICMS Normal – de parcela não sujeita à dilação.

Mais uma vez, tal qual explicitado na infração 01, reafirmo que não houve exclusão ou cancelamento do benefício fiscal do Programa, apenas e tão somente a aplicação do artigo 18 do Regulamento do DESENVOLVE, sendo descabido qualquer argumento em contrário.

Ou seja, mais uma vez reforço que não houve perda definitiva do benefício, tal como alegado na impugnação, inclusive consta a informação nos autos de que a Resolução concedida à empresa autuada relativa ao Programa DESENVOLVE se encontraria ativa e válida.

Quanto à primeira e terceira situações da autuação, não merecem mais qualquer análise, à vista das colocações postas por ocasião do julgamento da infração 01, até pelo fato de que os valores lançados foram devidamente apurados, na forma das planilhas analíticas de cálculo acostadas na mídia entregue ao sujeito passivo, sem que o mesmo viesse a contestar quaisquer dos valores ali apontados, de forma explícita e objetiva.

O inconformismo do contribuinte, pois, se circunscreve ao fato de que, com a promulgação da Lei 13.564, de 20 de junho de 2016, com vigência a partir de sua publicação, prever em seu artigo 1º:

“Art. 1º - A fruição de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros que resultem em redução do valor a ser pago do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS fica condicionada ao cumprimento, pelo contribuinte beneficiário ou incentivado, da comprovação de depósito, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício.

§ 1º - O disposto neste artigo se aplica, inclusive, em relação aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso”.

Já o artigo 2º do mesmo diploma legal, determina:

“Art. 2º - O descumprimento do disposto no art. 1º desta Lei resultará em:

I - Perda automática, no mês da fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no caput do art. 1º desta Lei;

II - Perda definitiva dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no caput do art. 1º desta Lei por 03 (três) meses, consecutivos ou não, no intervalo de 12 (doze) meses”.

No caso, o enquadramento do autuante foi em relação ao inciso I do artigo 2º da Lei.

A regulamentação da referida norma, se deu através da edição do Decreto 16.970 de 19 de agosto de 2016, com vigência a partir de 01/09/2016, nos termos de seu artigo 6º, determinando o artigo 2º que “para os beneficiários do DESENVOLVE, o cálculo do percentual 10% (dez por cento) do valor do benefício usufruído a ser depositado em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, será efetuado com base no valor do desconto do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado”.

Ou seja: a partir de junho de 2016 por força da existência da Lei, existia sim, a obrigação de recolher o valor determinado, a favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, e o fato de ter a regulamentação apenas e tão somente sido editada em agosto, vigendo a partir de setembro, não tem o condão de revogar ou ir de encontro a determinação da norma de maior hierarquia.

Logo, caberia ao contribuinte, ao recolher o imposto, inclusive, como observado pelo autuante, a exemplo dos demais contribuintes do Estado, recolher as parcelas devidas, logo que editada a sua regulamentação.

Acaso ainda lhe restasse qualquer dúvida, poderia, nos termos do artigo 55 do RPAF/99 formular consulta à Administração Tributária, a fim de dirimir as suas dúvidas (é assegurado ao sujeito passivo ou entidade representativa de classe de contribuintes ou responsáveis o direito de formular consulta sobre a interpretação e aplicação da legislação tributária, em relação a fato determinado e de seu interesse).

Assim, cabe perfeitamente a cobrança a tal título realizada, ficando mantida a infração.

Vale, entretanto, uma observação. O autuante, enquadrou a multa no percentual de 100%, baseado no artigo 42, inciso IV, alínea “j” da Lei 7.014/96, o qual prevê aplicação de tal percentual, na hipótese de “quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei”. Entretanto, ao longo do feito o autuante em momento algum consignou qual teria sido a conduta fraudulenta adotada pelo sujeito passivo, o que não parece ter ocorrido, sendo o caso de readequação da multa, o que faço de ofício, para o percentual de 60%, com base no inciso II, alínea “a”, do mencionado artigo 42 da Lei 7.014/96:

“II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente”.

Ao seu turno, a infração 04 diz respeito a imposição de multa pela falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, diante da entrada de mercadorias em operações interestaduais, destinadas à comercialização, sendo o imposto pago quando das saídas, e calculado a partir dos valores das entradas ocorridas.

A defesa, sustenta diversos argumentos para esta infração, a começar, pela impossibilidade de se cobrar a antecipação parcial, pelo fato de as operações alcançadas pela mesma serem decorrentes de simples remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo grupo.

Da análise não somente dos demonstrativos elaborados pelo autuante, quanto dos documentos fiscais ali relacionados, verifico que as operações listadas, possuem o CFOP 2151 (Transferência para industrialização ou produção rural), o que a princípio, sustentaria a tese do contribuinte, acaso os produtos transferidos viessem a se caracterizar como matérias primas, produtos intermediários ou semielaborados, o que não é o caso.

Isso pelo fato de que as mercadorias entradas no estabelecimento autuado, possuem notas fiscais em série cronológica, vindas de seu estabelecimento filial de CNPJ 11.065.453/0002-01, localizado no Estado de São Paulo, e da verificação dos documentos fiscais no portal da Nota Fiscal Eletrônica (www.nfe.fazenda.gov.br), se constata que a operação indicada nas mesmas é a de “transferência de produção fora do Estado”, com destaque de ICMS, relativo a produtos da linha de produção da autuada, como “CABO MACKFLEX BWF 1x2,50 mm2 450/750V BRASILEIRINHO / C.33X22” e CORDÃO MACKFLEX BICOLOR 2X1,50 MM2 300V/RL, descritos na nota fiscal 20.804, emitida em 22/01/2016, tomada como mero exemplo.

Como indicado na informação fiscal, a descrição dos produtos não consegue comprovar que os mesmos ainda necessitem de qualquer processo de industrialização, sequer embalagem, mas sim, produtos já acabados, prontos para comercialização, e ainda que se tratassem de remessas, a legislação exige todo um procedimento de emissão de notas fiscais de retorno da remessa, após o processo de industrialização, bem como se fosse o caso, a transferência das mercadorias para efeito de revenda, o que não se comprova nos autos ter ocorrido.

Sendo a prática adotada pela autuada, contrária à legislação vigente, aqui cabem algumas pinceladas acerca da instituição da antecipação parcial, e se impende afirmar inicialmente que o ICMS possui como uma das características mais importantes a não cumulatividade, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado, ou pelo Distrito Federal.

Na substituição tributária, o contribuinte nomeado como substituto tributário paga o imposto devido pelas operações posteriores até chegar ao consumidor final, o que significa dizer que paga o imposto de uma operação que ainda não ocorreu e nem se sabe se vai ou não ocorrer. Ao seu turno, a antecipação tributária parcial, instituída pela Lei nº 8.967, de 29 de dezembro de 2003, que instituiu a cobrança parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, e tal incidência, ocorre quando o contribuinte revendedor de produtos do setor compra de outro Estado, onde deve recolher o ICMS na entrada dessas mercadorias no território de seu Estado. Caberá, ainda, o recolhimento do ICMS por substituição tributária no mesmo momento. Ou seja, o contribuinte é obrigado a recolher o imposto das operações que irão acontecer até o consumidor final, gerando, assim, por parte desse contribuinte, um desembolso imediato de um imposto que só será devido nas etapas posteriores.

A legislação tributária do Estado estabelece como regra geral, que nas entradas de mercadorias no território da Bahia, os contribuintes possuem a obrigação de recolher a título de antecipação tributária, o ICMS. Esta regra está insculpida no artigo 12-A da Lei 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Por outro lado, o artigo 17 da mesma Lei, determina que a base de cálculo para o recolhimento do imposto é o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, bem como o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado, e em relação ao IPI, o parágrafo 2º do mencionado artigo 17, estipula que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), quando a operação, realizada entre contribuintes é relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

Esta é a base legal para a adoção de tal mecanismo, se constitui em ocorrência de fato gerador do tributo, a exemplo da substituição tributária, que nada mais é do que a antecipação do imposto, só que total, com encerramento da tributação sobre o produto sobre o qual incide, e tem previsão expressa na própria Lei Complementar 87/96, a qual, obedecendo ao comando emanado da Constituição Federal normatizou o ICMS, especialmente o seu artigo 7º:

“Art. 7º. Para efeito de exigência do imposto por substituição tributária, inclui-se, também, como fato gerador do imposto, a entrada de mercadoria ou bem no estabelecimento do adquirente ou em outro por ele indicado”.

Por outro lado, o artigo 8º do mesmo diploma legal, assim dispõe em seu inciso I:

“Art. 8º A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será:

I - Em relação às operações ou prestações antecedentes ou concomitantes, o valor da operação ou prestação praticado pelo contribuinte substituído”;

Inexiste, portanto, qualquer dúvida acerca não somente da legalidade de tal instituto, como, de igual modo, da existência de fato gerador para a sua cobrança, caso as mercadorias se apresentem como destinadas à revenda ou como produtos acabados, hipótese dos autos.

Outro argumento defensivo invocado pela defesa foi a existência da Súmula 166 do STJ como elemento a ser aplicado em seu favor, por se tratarem de transferências interestaduais (remessa de bens entre estabelecimentos do mesmo titular), cumpre observar que esta, em princípio, não seria uma operação, haja vista que ninguém pode efetuar uma operação consigo próprio. No direito comum os diversos estabelecimentos de um mesmo titular constituem uma só pessoa. E também perante o imposto de renda isto é inobjetoável.

Todavia, mediante uma ficção legal, convencionou-se que no âmbito do ICMS os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o artigo 11, § 3º, II da Lei Complementar nº 87/96, conforme delegação constitucional:

“§ 3º. Para efeito desta Lei Complementar, estabelecimento é o local, privado ou público, edificado ou não, próprio ou de terceiro, onde pessoas físicas ou jurídicas exerçam suas atividades em caráter temporário ou permanente, bem como onde se encontrem armazenadas mercadorias, observado, ainda, o seguinte:

(...)

II - é autônomo cada estabelecimento do mesmo titular;”

Tal princípio é reforçado pela redação do artigo 12, inciso I da mesma Lei Complementar:

“Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;”

Dessa forma, os estabelecimentos de uma mesma empresa são considerados legalmente autônomos, e, em decorrência dessa ficção legal, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular verifica-se o fato gerador do ICMS.

No mesmo sentido, a legislação estadual, e não poderia ser diferente, em atenção ao disposto na Lei Complementar, assim dispõe, no artigo 2º, inciso IV, da Lei nº. 7.014/96:

Art. 2º. O ICMS incide sobre:

(...)

IV - a entrada ou a utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes.

Por seu turno, o § 1º do citado dispositivo legal prevê que:

§ 1º. São irrelevantes para caracterização do fato gerador:

I - A natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo;

II - O título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;

A própria doutrina, representada pelo ilustre Professor Roque Carraza, em sua obra ICMS, 11ª edição, Ed. Malheiros, páginas 58 e 59 nos ensina que: “Há, porém uma exceção a esta regra: quando a mercadoria é transferida para estabelecimento do próprio remetente, mas situados no território de outra pessoa política (Estado ou Distrito Federal), nada impede, juridicamente, que a filial venha a ser considerada estabelecimento autônomo, para fins de tributação por via de ICMS. Assim é, para que não prejudique o Estado (ou o Distrito Federal) da saída da mercadoria. Logo – e também porque o princípio federativo e o princípio da autonomia distrital inadmitem que os Estados e Distrito Federal se locupletem uns à custa dos outros - concordamos que tais estabelecimentos sejam considerados autônomos, pelo mesmo, para fins de tributação por meio de ICMS”.

Observe-se que o princípio Federativo é norma constitucional e neste caso estaria sendo desrespeitado, a prevalecer o argumento abraçado pela defesa, observando que todas as operações com origem em São Paulo, foram tributadas normalmente.

Gostaria de fazer ainda, a respeito, algumas observações: A primeira é a de que sabido é que decisões como as trazidas pela defesa não vinculam obrigatoriamente nem o legislador, sequer o julgador. A segunda, e talvez a mais importante, é o fato de tal entendimento daquela Corte Superior encontrar-se em processo de mudança, a

se observar no julgamento do Recurso Especial 1109298/RS, tendo como Relator o Ministro Castro Meira, da Segunda Turma, julgado em 26/04/2011, DJe 25/05/2011, no qual este adentra no exame de mérito da base de cálculo estabelecida na Lei Complementar 87/96, artigo 13, em operações de transferências entre estabelecimentos pertencentes ao mesmo titular.

Ora, se o próprio Poder Judiciário através de um de seus Tribunais Superiores entende possível estabelecer base de cálculo em operações de transferência interestadual entre dois estabelecimentos de uma mesma empresa, evidentemente que nega efeito jurídico à aplicação da Súmula 166, é óbvio que tais operações, submetidas ao rigor da Lei Complementar estão sujeitas à tributação pelo ICMS, sendo lícito aos Estados a cobrança de tal tributo, naquelas operações em que a lei lhes ampara.

No mesmo sentido foi a decisão do Ministro Herman Benjamin, ao apreciar o Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 1.254.915-RS, no qual, em 26 de outubro de 2011 revogou sua própria decisão anterior, no sentido de aplicação da mencionada Súmula de forma automática, ao mencionar que “os argumentos do Estado do Rio Grande do Sul demonstram a existência de peculiaridades que merecem melhor reflexão, razão pela qual reconsidero a decisão monocrática, para torná-la sem efeito”.

Em tal discussão, o TJRS entendeu devida a cobrança do imposto, nas transferências interestaduais, com base na seguinte argumentação, através do eminente relator, desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro:

“Com efeito, o ICMS, em linhas gerais, nada mais é do que o antigo ICM, existente antes da vigência da Constituição Federal de 1988, com ampliação, em hipóteses bem marcadas, com atribuição aos Estados e ao Distrito Federal a competência para criação do ICMS, sendo que a base de cálculo seria definida por Lei Complementar, conforme dispõe o artigo 146, III, “a” da Constituição Federal, sendo que o regime de compensação de imposto deve ser definido por Lei Complementar, nos termos do que dispõe o artigo 155, § 2º, XII, “c”, da Constituição Federal.

Outrossim, o artigo 34, § 8º, das Disposições Transitórias da Constituição Federal possibilitou aos entes públicos antes referidos a regularização da matéria, enquanto não fosse regulamentada a Carta Magna, razão pela qual houve a edição do Convênio número 66/88 que disciplina a base de cálculo do ICMS, com posterior edição da Lei Complementar nº 87/96, com as alterações das LCs 92/97 e 99/99, bem como pela LC 102/00.

Logo, inexistente qualquer dúvida de que o ICMS foi regido pelo Decreto-Lei 406/68, observadas as alterações feitas pelo Decreto-Lei 834/69, bem como pela Lei Complementar nº 56/87 e Lei Complementar nº 24/75, além do Convênio 66/88, antes referido, em especial pelo artigo 14 do mencionado Convênio, e atualmente pela Lei Complementar nº 87/96, com suas alterações, conforme antes referido.

O Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei nº 8.820/89, relativa ao ICMS, devidamente regulamentada pelo Decreto nº 37.699/97, inclusive com a alteração do Decreto nº 40.217/00, normas estas em perfeita consonância, observado o arcabouço jurídico, não podendo as normas hierarquicamente inferiores desbordar das diretrizes traçadas pela Lei Complementar nº 87/96.

Feitas estas considerações, deve ser considerado que o mandamus tem por objeto impedir a tributação, por ICMS, em operações de transferência de mercadorias a partir da matriz da impetrante, situada em Turvo, Estado de Santa Catarina, para filiais localizadas em Santo Antônio da Patrulha, Torres e Morrinhos do Sul, localizadas em diferentes Estados da Federação, atacando decreto estadual que determina o recolhimento em consonância com o art. 12, I, da LC 87/96, que prevê:

Art. 12 - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - Da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Em âmbito estadual, da mesma forma, a questão encontra previsão no art. 4º da Lei nº 8.820/89:

Art. 4.º - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

I - Da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;

Razão assiste ao recorrente, porquanto a operação está sujeita ao ICMS, não obstante a Súmula 166 do STJ, cujo teor não se desconhece, cumprindo destacar, no entanto, que, decorrendo tal enunciado de julgamento em 14/08/96, com publicação no DJ em 23/08/96, é anterior à LC 87, que é de 13/09/96, prevendo seu art. 36 a entrada em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte ao da sua publicação.

Quando da edição da Súmula 166 do STJ, a matéria era disciplinada pelo Decreto-Lei nº 406/68, sem dispositivo correspondente ao art. 12, I, da LC 87/96, circunstância que afasta a aplicação do entendimento sumulado que se invoca no mandado de segurança”.

Dessa forma, o entendimento é que, após a edição da Lei Complementar nº. 87/96, a Súmula 166 do STJ tornou-se inaplicável.

E este também tem sido o posicionamento de outros órgãos do Poder Judiciário, a exemplo do Rio Grande do

Sul, na apreciação do Agravo 70030888911, tendo o órgão julgador prolatado a seguinte decisão:

“AGRAVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA PARA ESTABELECIMENTO DO MESMO TITULAR EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. INCIDÊNCIA. É devido o ICMS na saída de mercadoria destinada à comercialização para estabelecimento do mesmo titular localizado em outra Unidade da Federação. Artigo 12, inciso I, da Lei Complementar 87/96. A exigência do recolhimento do tributo, nesse caso, beneficia o Estado produtor sem que cause maior oneração ao estabelecimento produtor, porque o imposto pago será inteiramente aproveitado por ocasião da comercialização da mercadoria. Recurso desprovido. (Agravo Nº 70030888911, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Des.ª Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 09/07/2009)”.

Sabido é que o direito é dinâmico, e o entendimento jurisprudencial tem mudado ao longo do tempo, adaptando-se aos novos fatos e pensamentos, e evoluindo conforme as alterações legislativas ocorridas. Dessa forma, um entendimento vigente, diante de edição de novo instrumento normativo, pode vir a perder força, com mudança de posicionamento.

Também é corrente que o processo administrativo tributário deve obedecer a diversos princípios, dentre os quais, um dos de maior relevância é o da legalidade inserido no nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que preconiza que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Isso significa dizer que somente através das espécies normativas elaboradas consoante as regras do processo legislativo constitucional se podem criar obrigações para quem quer que seja.

Doutrinadores como Celso Bastos e Ives Gandra Martins defendem que o Princípio da Legalidade tem mais característica de garantia constitucional do que de direito individual, pelo fato de não resguardar um bem da vida específico, e sim garantir ao particular a prerrogativa de rechaçar injunções impostas por outra via que não a da lei.

Além do Princípio da Legalidade estabelecido genericamente no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, em nosso ordenamento jurídico podemos falar da estrita legalidade tributária, sendo importante frisar que o verdadeiro conteúdo do Princípio da Legalidade Tributária ultrapassa a simples autorização do Legislativo para o Estado cobrar um tributo e deve ser entendido de forma a açambarcar dois prismas distintos: legalidade formal e material. No tocante à legalidade formal, podemos dizer que toda regra tributária precisa se inserir no ordenamento jurídico de acordo com as regras de processo legislativo e, também, ser formulada por órgão com poder para elaborar tais normas.

Quanto à legalidade material, torna-se indispensável que sejam estabelecidos todos os aspectos relevantes para que no caso concreto se possa determinar as obrigações tributárias, não bastando apenas a exigência de lei, como fonte de produção jurídica específica. Mais que isso, necessita-se a fixação, de todos os critérios de decisão, sem qualquer margem de liberdade ao administrador.

Em suma: obediência a tal princípio significa submissão e respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador.

O princípio da legalidade tributária também está previsto no artigo 97 do Código Tributário Nacional. E o autuante, ao realizar o lançamento, nada mais fez do que obedecer a tal preceito.

Em conclusão, não acolho o argumento defensivo em relação à Sumula 166, e a não tributação das operações de transferências realizadas, até mesmo pelo fato de que em todas aquelas ocorridas no período autuado, foram tributadas na origem, o que demonstra ser o argumento defensivo mera retórica, sem aplicação prática.

Da mesma forma, inexistente o denominado bis in idem, consoante alegado pela defesa, devido ao fato de que o que se exige nesta infração não é o imposto, o que caracterizaria a duplicidade da exigência fiscal, mas sim, apenas e tão somente a multa pela falta de recolhimento tempestivo da antecipação parcial do ICMS, cujo recolhimento não ocorreu, vez que apenas e tão somente após a saída das mercadorias, o que concorre para não aceitação do argumento sustentado.

A reforçar tal entendimento, basta uma análise da planilha denominada “Demonstrativo de Apuração do ICMS Antecipação Parcial nas Entradas de Mercadorias em Transferências de Outras Unidades da Federação Destinadas a Comercialização” inserida na mídia à qual o sujeito passivo teve acesso em cópia, bem como do “Demonstrativo da Multa de 60% Prevista no Artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96 Pela Falta de Recolhimento do ICMS Antecipação Tributária”, para se constatar que a base de cálculo utilizada na autuação teve como ponto de partida o valor do imposto apurado pelas entradas interestaduais, e não pelo valor das operações, sendo a multa calculada sobre aquele primeiro valor (do imposto devido e não recolhido).

Também, contrariamente ao argumento trazido na impugnação, não foram identificadas operações de entrada no estabelecimento da autuada de simples remessa para armazenamento, emitidas, com CFOP 6.949, tidas pela mesma como indevidamente incluídas na autuação.

Também diante da alegação acerca da existência de Parecer DITRI 3.692, de 21/02/2008, não o posso acolher, por se tratar de situação diversa da presente, qual seja, consignação mercantil, sem relação com a desta infração.

Sustentado pelos expostos motivos, julgo a infração 04 procedente.

As infrações 05 e 06 dizem respeito a imposição de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, pela falta de registro nos livros fiscais de notas fiscais referentes a mercadorias sujeitas à tributação (05), e não tributáveis (06).

Tratarei as mesmas conjuntamente, tal como procederam autuada e autuante em suas intervenções processuais.

Em primeiro lugar, esclareço que não se trata de presunção, uma vez que estas se encontram listadas em suas diversas hipóteses, no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, sendo que este dispositivo assim se apresenta:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

IV - Entradas de mercadorias ou bens não registradas”.

Esta hipótese, caracterizada pela presunção, somente ocorre quando se constata a falta de registro contábil, o que não vem a ser o caso, pelo fato de as infrações em tela se referirem unicamente à falta de registro dos documentos fiscais no respectivo Livro Fiscal de Entradas de Mercadorias, com penalização através de imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória, o que faz com que não se sustente a arguição posta pela defesa, vez que baseada em elemento, qual seja, no livro do contribuinte.

Quanto ao argumento de desconhecer as operações autuadas, verifico na mídia entregue em cópia ao sujeito passivo que as Notas Fiscais ali elencadas contêm a indicação de “ciência da operação pelo destinatário”, o que desmonta o argumento basilar da defesa.

Assim, por exemplo, para a Nota Fiscal 38.130 emitida por Cobremack Indústria de Condutores Elétricos Ltda., no Estado de São Paulo, CNPJ 11.065.453/0002-01, que nada mais é do que estabelecimento filial da autuada, e cuja emissão se deu em 18/09/2017 às 9:05 h, a ciência de tal operação pela autuada, a qual se referia a duas unidades de Lubricool AC, a empresa destinatária tomou ciência da operação na mesma data, às 9:37 h.

Além disso, constam registros de passagem das mercadorias acobertadas por tal documento fiscal, dia 20/09/2017 às 12:30 h e dia 21/09/2017 às 20:17.

De igual modo, posso mencionar como provenientes do estabelecimento filial da autuada, as Notas Fiscais 15.611, 15.670, 15.686, 20.543, 20.564, 20.567, 20.563, 20.698, 20.929, 26.947, 27.641, 30.438, 34.428 e 34.947 (infração 05) e 15.389, 15.407, 16.196, 16.312, 16.400, 16.401, 16.692, 19.903, 17.055, 17.057, 17.058, 17.680, 17.808, 18.317, 18.781, 18.788, 18.945, 20.950, 21.570, 21.669, 21.971, 22.061, 22.060, 22.714, 22.715, 22.716, 22.745, 22.751, 23.178, 23.180, 24.234, 26.147, 26.298, 26.299, 26.288, 26.691, 28.447, 29.055, 30.744, 30.746, 32.593, 38.132, 38.133, 38.135 e 38.687 (infração 06).

Quanto aos demais fornecedores, a Nota Fiscal 4.285, emitida em 13/07/2017 às 16:43 h, por Marcilene Santos Calazans, teve a ciência da operação registrada no sistema da Nota Fiscal Eletrônica pela autuada em 13/07/2017 às 17:11 h, ou seja, menos de meia hora depois, sendo operação de devolução parcial de mercadoria constante à Nota Fiscal 33.770 de emissão do sujeito passivo.

Já a Nota Fiscal 11.847 emitida por Niehoff-Herbom Máquinas Ltda., em 04/10/2016 às 10:39 h, referente a mercadoria Cabrestante Final (duas peças), teve a ciência da operação confirmada pela autuada em 04/10/2016 às 11:43 h, a exemplo de diversas outras já mencionadas anteriormente na mesma situação, não podendo ser acolhido o argumento defensivo posto.

A decisão do STJ trazida pela defesa diz respeito a nota fiscal considerada inidônea, o que não é o presente caso, mas apenas e tão somente a falta de seu registro fiscal, motivo pelo qual não socorre a empresa.

Diante de tais elementos, e à falta do elemento de prova em contrário à acusação formulada, as operações estão devidamente comprovadas, contrariamente ao defendido pela empresa, e fica mantida a autuação em ambas.

Frente ao argumento de que as multas teriam natureza confiscatória e deveriam ser reduzidas pelo julgador, em primeiro lugar, esclareço que as multas por descumprimento de obrigação principal não podem ser reduzidas por esta instância administrativa, a qual somente possui competência para a redução ou cancelamento de multas por descumprimento de obrigação acessória, na forma do § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, o que me impede de acolher tal pedido.

No que diz respeito ao caráter considerado pela defesa como “exorbitante” da multa sugerida (100%), observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, um de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “jus imperium”.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência esta descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independentemente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia) a qual disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, no seu artigo 40 e seguintes, conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas, e as condições necessárias para tal.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, frente às colocações defensivas, menciono decisão do STF através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido. Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”.

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.

Esclareço que as multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto, o que se adéqua plenamente à decisão acima trazida.

Da mesma maneira, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, nas infrações 01, 02, 03 e 04 não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme solicitado, nos termos do artigo 42, § 7º da Lei 7.014/96 que diz respeito apenas a multa por obrigação acessória.

Quanto ao pedido para redução dos juros aplicados ao patamar máximo imposto pela SELIC, igualmente nego, pela falta de previsão e amparo legal, até pelo fato de que os acréscimos moratórios encontram a sua previsão no artigo 102, § 2º, da Lei 3.956/81 (COTEB), na redação dada pela Lei 7.753/00:

“Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

(...)

§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

(...)

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado”.

Assim, não pode o julgador ir de encontro ao sistema legal vigente, motivo para a recusa em acatar o pleito formulado.

Em relação aos argumentos que eventualmente envolvam questões relativas à constitucionalidade, nos termos do artigo 167, inciso I do RPAF/99, este Órgão não possui a devida competência para tal análise.

Por fim, a título de esclarecimento, o que talvez venha a justificar as práticas adotadas pela empresa, e que redundaram na lavratura do presente Auto de Infração, informo que a mesma se encontra em processo de recuperação judicial, através do Processo 1000018-37.2017.8.26.0542 apensado ao processo 1017667-88.2016.8.26.0529 em curso no Juízo de Direito da Vara de Falências, Recuperações Judiciais e Conflitos Relacionados à Arbitragem da cidade de São Paulo.

Consta, ainda, notícia no site do Sindicato de Metalúrgicos e Mineradores do Estado da Bahia (<http://www.metalurgicosbahia.org.br/noticias/2710,cobremack-sindicato-negocia-para-garantir-direitos-dos-trabalhadores.html>), de 17/01/2018, que a “...situação passou a ser percebida quando a Cobremack começou a desmontar e retirar máquinas das suas instalações, fato que foi denunciado pelo chão de fábrica ao Sindicato. Num primeiro momento, a empresa negou, mas depois confirmou a situação”.

Pelos expostos motivos, diante da ausência de elementos e fatos modificadores ou contrários à autuação realizada, julgo o lançamento procedente em R\$28.737.748,02, na forma originalmente lançada.

Tendo ciência da decisão prolatada pela Junta Julgadora, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, protocolado em 07.08.2019, fls. 143 a 174, buscando desconstituir o que foi decidido e apontado, com os argumentos que relato.

De início faz um breve relato dos fatos onde apresenta as infrações que lhe foram cometidas, informando que, em primeira instância, sustentou que cumpriu devidamente os requisitos para obtenção dos benefícios do programa DESENVOLVE, inexistindo, desta forma, razão para sua exclusão, assim como que não se enquadra na condição de “contribuinte substituto” por diferimento, nos termos do artigo 343, inciso XVIII do RICMS BAHIA.

Diz ainda que não é devido o recolhimento a título de antecipação parcial nas entradas das mercadorias remetidas por filiais, e que configura ilegalidade a pretensão de cobrança por parte do Fisco, não somente deste item, como dos demais, objeto da autuação.

Sequenciando, passa a analisar, individualmente, as infrações que lhe foram imputadas.

De relação à **Infração 01**, inicia suas argumentações recursivas, destacando:

DA INDEVIDA EXCLUSÃO DA RECORRENTE AO PROGRAMA DESENVOLVE

Afirma que a cobrança pretendida tem como suporte o fato de a mesma haver sido excluída do programa DESENVOLVE, regulamentado pelo Decreto 8.205/2002, quando cumpriu todos os requisitos para sua obtenção, não tendo suporte legal a pretendida exclusão, destacando o que determina o artigo 19 de referido decreto, que transcreve, como abaixo:

“Art. 19. Implicará cancelamento da autorização para uso dos incentivos do Programa:

I - a ocorrência de infração que se caracterize como crime contra a ordem tributária.

II - Inobservância de qualquer das exigências para a habilitação do estabelecimento ao Programa, durante o período de sua fruição.

§ 1º O cancelamento da autorização, nos termos deste artigo implicará no vencimento integral e imediato de todas as parcelas vincendas do imposto incentivado pelo Programa, com os acréscimos legais”

§ 2º O cancelamento a que se reporta este artigo dar-se-á por Resolução do Conselho Deliberativo com fundamento em parecer da Secretaria Executiva.

Diante do que argumenta, complementa afirmando que não pode haver aplicação de multa de relação ao pretendido na autuação em virtude de não haver na legislação previsão legal para

tanto, a perda do benefício, caso o fato ocorresse.

Considera que não há previsão legal para aplicação da multa pretendida, o que fere o princípio da Legalidade, afirmando ser o mesmo acobertado na Constituição Federal no artigo 5º, inciso II, citando ensinamento do Professor Roque Antônio Carrazza que acentua não ter o poder executivo a competência para impor penalidades ao arrepio da lei.

Afirma, em complementação, a Recorrente: *“O regulamento (veiculado por decreto ou instrução) deve estar, em nosso sistema jurídico, sempre subordinado à lei à qual se refere. Não pode ser nem contra legem, nem praeter legem, nem ultra legem, nem, claro, extra legem, mas, exclusivamente, intra legem e secundum legem (cf. Michel Stassinopoulos)”*.

Cita ainda, de relação ao tópico acima, manifestação do ilustre Celso Antônio Bandeira de Melo, que estaria em consonância com o que dispõe o CTN no artigo 97.

Reafirma que, em momento algum, ocorreu a sua exclusão do programa DESENVOLVE, não tendo o preposto autuante a comprovado, limitando-se a afirmar que ela teria perdido o direito aos benefícios fiscais, sob a justificativa de aplicação do que está contido no artigo 18 da Lei do Desenvolve, abaixo transcrito:

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, até o último dia útil do mês do vencimento, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês. (Redação do caput dada pelo Decreto Nº 18406 DE 22/05/2018).

Contesta a aplicação do artigo acima transcrito, que, afirma, não ter sido aplicado de acordo com a redação vigente à época dos fatos geradores, que era:

“Art. 18. A empresa habilitada que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo. Parágrafo único. A empresa voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso.”

Diante do que apresenta requer a improcedência da infração 01.

Em seguida aborda a **Infração 02**.

De relação à cobrança de imposto sobre a entrada de refeições destinadas aos seus funcionários, afirma que a mesma, por não ser fornecida de forma onerosa, está acobertada pela isenção, consoante o artigo 265 do RICMS, que transcreve:

Art. 265. São isentas do ICMS:

(...)

III - os fornecimentos de refeições sem fins lucrativos, em refeitório próprio, feitos por estabelecimentos industriais, comerciais ou produtores, diretamente a seus empregados, bem como por agremiações estudantis, instituições de educação ou de assistência social, sindicatos ou associações de classe, diretamente a seus empregados, associados, professores, alunos ou beneficiários, conforme o caso (Conv. ICM 01/75);

Afirma que não procede a pretendida cobrança pelo motivo de não estar a mesma sujeita à tributação aventada e, que, o autuante, no intuito de penalizá-la, busca inverter o ônus da prova, obrigatoriedade do diferimento, que a ele cabe, ainda mais considerando que a Recorrente não poderia produzir prova negativa, o que torna improcedente a infração.

Passa em seguida a analisar a **Infração 03**.

Diz que a cobrança seria em função de recolhimento a menor do ICMS pelo fato de não haver a Recorrente comprovado a contraprestação do programa Desenvolve, e, pelo fato aventado de que não houve depósito do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza o que determinaria a perda do benefício fiscal no período de março de 2015 a 2017.

Comenta que, contudo, a Lei nº 13.564/2016 não encontrava eficácia plena pelo fato de não haver sido regulamentada a forma de cálculo para o valor de 10% do benefício obtido, o que só ocorreu com a publicação do Decreto nº 16.970, com vigência a partir de 01.09.2016, o que, no seu

entendimento, a torna totalmente adimplente com o recolhimento, e que a sua exclusão do programa somente poderia ocorrer caso ocorresse “o não depósito de três meses”, conforme está disciplinado nos artigos 1º e 2º do decreto regulamentador, abaixo transcrito:

Art. 1º A fruição de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros que resultem em redução do valor a ser pago do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS fica condicionada ao cumprimento, pelo contribuinte beneficiário ou incentivado, da comprovação de depósito, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício.

§ 1º O disposto neste artigo se aplica, inclusive, em relação aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso.

§ 2º Ato do Chefe do Poder Executivo definirá procedimentos para o cálculo e o recolhimento do valor do depósito previsto no caput deste artigo e poderá restringir a aplicação das condições a determinados benefícios ou programas de incentivo.

Art. 2º O descumprimento do disposto no art. 1º desta Lei resultará em:

I - perda automática, no mês da fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no caput do art. 1º desta Lei;

II - perda definitiva dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no caput do art. 1º desta Lei por 03 (três) meses, consecutivos ou não, no intervalo de 12 (doze) meses.

Afirma que não foi enfrentado pelo julgador o fato de que ocorreu falta de recolhimento do Fundo de Pobreza apenas nos meses de julho e agosto de 2016, não havendo, pois, motivo para sua exclusão do benefício, ainda mais que teria agido de boa fé ao não efetuá-lo, por julgar não devido.

Desta forma, afirma, não ocorreu, como afirmado pelo autuante, a omissão de recolhimento do Fundo de Pobreza em três meses, e sim, em apenas dois, o que não dá suporte à exclusão, devendo a infração ser julgada improcedente.

Analisando a infração 04 a Recorrente apresenta: **“DA IMPOSSIBILIDADE DE TRIBUTAÇÃO SOBRE AS NOTAS DE SIMPLES REMESSA DE MERCADORIAS PARA ARMAZENAGEM –CARACTERIZAÇÃO DE INDEVIDO BIS IN IDEM”**

Afirma que o Fisco, baseado no que determinam os artigos 12-A e 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, busca tributar “supostas aquisições de mercadorias provenientes de outros entes federativos, devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente”.

Discorda da afirmativa do autuante por tratar-se de simples remessa de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo titular, fato constatado pelo mesmo, o que não justifica querer-se tributar as mercadorias sobre simples remessa e, novamente, quando da emissão da nota fiscal de venda, o implica em *bis in idem*.

Discorre sobre o que venha a ser *bis in idem*, da sua não aplicabilidade e ilegalidade, transcrevendo julgados diversos do STJ que viriam a corroborar com o que afirma.

Ocorrendo no caso, também, Remessa para Beneficiamento em estabelecimentos da própria empresa, afirma que não ocorre, no caso, transferência de titularidade da mercadoria, pois a mesma retorna ao seu estoque, após beneficiada, não ocorrendo a mercancia, determinando a não incidência do ICMS, nos termos do que dispôs a Súmula 166, do STF, que assim define:

Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de um para outro estabelecimento do mesmo contribuinte.

Reforçando seu pensamento, transcreve decisão do STF, como abaixo:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. TRANSFERÊNCIA DE BENS ENTRE ESTABELECIMENTOS DE MESMO CONTRIBUINTE EM DIFERENTES ESTADOS DA FEDERAÇÃO. SIMPLES DESLOCAMENTO

FÍSICO. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. PRECEDENTES.

1. A não-incidência do imposto deriva da inexistência de operação ou negócio mercantil havendo, tão-somente, deslocamento de mercadoria de um estabelecimento para outro, ambos do mesmo dono, não traduzindo, desta forma, fato gerador capaz de desencadear a cobrança do imposto. Precedentes. 2. Embargos de declaração acolhidos somente para suprir a omissão sem modificação do julgado.

(RE 267599 AgR-ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-07 PP-01418 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 166-169).

Afirma, também, que a Lei nº 7.014/96 corrobora o seu entendimento quando define:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

§ 3º Considera-se transporte de carga própria quando efetuado em veículo próprio, arrendado ou locado:

I - do adquirente; II - do remetente, nas vendas fora do estabelecimento; III - do contribuinte, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular

Afirma que as operações objeto de autuação nesta infração 04, não correspondem a transferências e sim a “remessas para armazenagem”, sobre as quais não ocorre a incidência da tributação.

Trata ainda a Recorrente do que denomina: **DA NÃO INCIDENCIA DE ANTECIPAÇÃO DE ICMS SOBRE MERCADORIAS DESTINADAS A FAZER PARTE DO PROCESSO DE INDUSTRIALIZAÇÃO e A NÃO APLICAÇÃO DO ARTIGO 12-A DA LEI 7.014/96**

Apensa ao processo cópia de uma nota fiscal, sem identificação numérica, que indica como operação de entrada **TRANSFERÊNCIA DE PRODUÇÃO FORA DO ESTADO**, afirmando se tratar de remessa de produto para término de elaboração por parte do seu estabelecimento, o que desobriga o recolhimento da Antecipação do tributo, nos termos do que determina a Lei 7.014/96, abaixo transcrito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

VII - da saída, de estabelecimento industrializador ou prestador de serviço, em retorno ao do encomendante ou para pessoa diversa por ordem do encomendante, de mercadoria submetida a processo de industrialização ou serviço que não implique prestação de serviço compreendido na competência tributária municipal, ainda que a industrialização não envolva aplicação ou fornecimento de qualquer insumo;

00.249-210 www.cobremack.com.br		(11)4130-5551	Série 2 Folha 1/1	Consulta de autenticidade no portal nacional www.nfe.fazenda.gov.br/portal ou no site da
NATUREZA DA OPERAÇÃO TRANSFERENCIA DE PRODUCAO FORA DO ESTADO		INSCRIÇÃO ESTADUAL DO SUBST. TRIBUTÁRIO 623115973111		PROTOCOLO DE AUTORIZAÇÃO DE USO 135170169205359 17/03/2017 1
NOME RAZÃO SOCIAL COBREMACK INDÚSTRIA DE CONDUTORES ELÉTRICOS LTDA		CNPJ / CPF 11.065.453/0001		CEP 11.065
ENDEREÇO V VIA CENTRO, 4284		BAIRRO / DISTRITO CIA SUL		UF BA
MUNICÍPIO SIMÕES FILHO		FONE / FAX (71)3594-5565		INSCRIÇÃO ESTADUAL 83858512
NÚMERO DA FATURA		VALOR ORIGINAL DA FATURA		VALOR DO DESCONTO
VALOR LÍQUIDO DA FATURA		VALOR TOTAL DOS SERVIÇOS		BASE DE CÁLCULO DO ISSQN
INSCRIÇÃO MUNICIPAL		VALOR TOTAL DOS SERVIÇOS		BASE DE CÁLCULO DO ISSQN
INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES I.P.I.: ALIQUOTA 0 % DE ACORDO COM A CLASSIFICAÇÃO FISCAL DO PRODUTO		RESERVAÇÃO AO FISCO		
TRANSFERENCIA PARA INDUSTRIALIZAÇÃO SUSPENSÃO DE IPI NOS TERMOS DO ART.40 INCISO VI, VII, VIII DO DECRETO 4544/02 RIPI				

Cita parecer de número 3692, emitido por Norma Suely Contreiras de Carvalho Lima, que indica a isenção de tributação antecipada nestas operações:

“O regime de antecipação parcial incide nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive transferências, exceto aquelas cujas saídas internas sejam isentas, imunes, enquadradas no regime de substituição tributária, seja por antecipação, seja por retenção ou quando destinadas a fazer parte de processo de industrialização ou que sejam utilizadas na prestação de serviços sem a incidência de ICMS (art. 352-A, RICMS-Ba). Portanto, é condição essencial para incidência deste regime que a destinação dada a estas mercadorias seja de comercialização.”

Diz não proceder a autuação *in casu* por não estar acobertada pelo que dispõe a Lei nº 7.014/96,

que ampara para tanto tão somente as operações destinadas à comercialização, que não é o fato determinado nas operações objeto da autuação, e transcreve:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Afirma que provado está que a autuação efetuada como infração 04 é improcedente, devendo ser anulada.

Em continuidade, a Recorrente trata do que denomina: **DA EQUIVOCADA APLICAÇÃO DA MULTA SOBRE TODO O VALOR DA NOTA EM VEZ DE SOMENTE SOBRE O TRIBUTO DEVIDO.**

Pugna a Recorrente que, em caso de mantida a decisão prolatada pela Junta Julgadora, deve ser revista a base para cálculo da multa imposta (60%), que seria a devida em caso de falta de recolhimento da Antecipação Parcial, suportadas pela Lei nº 7.014/96 nos artigos 12-A e 42, inciso II, alínea “d”, que não é caso em comento, mas sim sobre o valor calculado do tributo que afirma não ter sido recolhido, e, não, com ocorreu, sobre o montante das operações, como foi calculado pelo autuante.

Sequenciando, a Recorrente trata, em conjunto as infrações 5 e 6, sob o prisma de - **A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VERDADE REAL E MATERIAL AO PRESENTE CASO CONCRETO E A NECESSIDADE DO EXERCÍCIO DO PODER-DEVER DE FISCALIZAÇÃO PELA AUTORIDADE COMPETENTE**

Trata as infrações:

Infração 05. 16.01.01.

Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a outubro e dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016, janeiro, fevereiro, abril a agosto, outubro a dezembro de 2017, no valor de R\$5.490,83.

Infração 06. 16.01.02.

Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo cominada multa percentual de 1% sobre o valor de cada entrada, totalizando R\$6.915,98.

Contesta as afirmativas descritas nas infrações capituladas afirmando que compete ao autuante apresentar quais notas fiscais são as que acusa, bem como comprovar que a Recorrente efetuou realmente tais aquisições, e, se o mesmo não apresentou é porque elas não existem, configurando tal assertiva como mera presunção.

Diz que está claro que a autuação foi pautada em presunções, que não pode permear a atividade administrativa vinculada, e, que deveria ter fundamento em provas incontestas de que a infração realmente ocorreu, ou seja, comprovada a verdade real na relação jurídica tributável, princípio que deve ser observado e obedecido em todos os processos administrativos, sem exceções.

Justificando o atendimento ao princípio da verdade real, transcreve ensinamento de James Martins:

“O princípio da verdade material que governa o procedimento e o processo administrativo opõem-se ao princípio da verdade formal que preside o processo civil, pois este prioriza a formalidade processual probatória – como ônus processual próprio das partes – que tem como motor o princípio da segurança jurídica que cria amarras e restrições à atividade promovida pelo magistrado no processo judicial. (...) Enquanto no processo judicial de caráter civil ao magistrado não é lícito tomar a frente do processo e determinar ex officio a produção de provas que entender indispensáveis, no procedimento e processo administrativo tributário a autoridade administrativa pode e deve promover as diligências averiguatórias e probatórias que contribuam para a aproximação com a verdade objetiva ou material1.” (grifos no original)

Faz comparativo entre os procedimentos nos processos cíveis e tributários, afirmando: *“Ao contrário do processo civil, no qual impera o princípio da verdade formal, no processo administrativo-fiscal as portas não se fecham ao contribuinte que pretende produzir provas antes da constituição definitiva de determinado crédito tributário”*

Afirma mais ainda: “A regra não é autuar por “presunção” para depois movimentar a máquina administrativa do Estado e levar o contribuinte a se defender de algo sem motivação. O caminho a ser perseguido deve ser o seguinte: caso constate alguma irregularidade no que diz respeito à formação do aspecto quantitativo do tributo, deve o agente fiscal vislumbrar essa irregularidade (até então no plano das suposições) e intimar o contribuinte, e eventuais terceiros envolvidos, como é o caso, para se explicarem”.

Salienta que, infelizmente, isto nunca ocorreu nas relações fisco-contribuinte, o que pode-se considerar como “Pensar diferente significa faltar com a devida veneração aos princípios tributários da legalidade e da tipicidade fechada previstos, respectivamente, no texto e no contexto do art. 150, I, da Constituição Federal”.

Ocorrendo, como afirma, fato gerador presumido, apresenta ensinamento da Professora Leila Paiva, no estudo sobre o “Fato Gerador Presumido”

“A conformidade da tributação com o fato gerador estabelece o ponto crucial da atuação do princípio da legalidade. Vale dizer, se apenas essa feição do princípio for violada, caem por terra todos os valores do Estado Democrático de Direito.

(.....)

Impende concluir dessas rápidas considerações que a presunção é absolutamente incompatível com o princípio da legalidade tributária, em especial, no que se refere à formação da relação jurídica tributária. Na falta de precisa verificação de qualquer dos aspectos da hipótese de incidência, não existirá obrigação alguma a ser satisfeita. O Professor Alcides Jorge Costa exprimiu muito bem esta idéia ao afirmar que ‘pagamento de qualquer tributo resulta do cumprimento de uma obrigação preexistente’.” (grifo nosso)

Por fim, de relações a estas infrações, afirma que a prova da sua ocorrência tem que ser do Fisco e não do contribuinte, o que viria a ser a produção de “prova diabólica”, provar o que não fez.

Ainda de relação a estas infrações trata **DO EXCESSO DAS MULTAS APLICADAS.**

Considera a Recorrente que as multas aplicadas são desproporcionais e tem caráter de confisco, o que não é permitido pelos ditames constitucionais e que já foi objeto de pronunciamento dos tribunais superiores, sendo imperioso a sua redução a patamares razoáveis, transcrevendo ensinamentos de renomados juristas que dão amparo à sua pretensão, assim como decisões de tribunais superiores.

Pelo que apresentou de relação às infrações 05 e 06, afirma haver comprovado a sua improcedência.

Encerrando sua peça recursiva a Recorrente apresenta seu PEDIDO:

À vista de todo exposto, demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer a Recorrente que Vossas Senhorias se dignem a julgar procedente o presente Recurso Voluntário, julgando improcedente o Auto de Infração 2690960005/18-2

Na remota hipótese de ser mantido o presente Auto de Infração, requer seja reduzido patamar de multa aplicado sobre o valor principal supostamente devido, diante da afronta aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrando à valor menor, bem como os juros aplicados sejam limitados a SELIC em conformidade com aquilo que restou decidido pelo Superior Tribunal de Justiça bem como a redução do patamar da multa aplicados em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal.

VOTO

Em se tratando de processo atinente à concessão de benefícios fiscais no âmbito do programa Desenvolve, inicio contextualizando o referido benefício no histórico econômico tributário do Estado da Bahia.

Após o término da Segunda Grande Guerra Mundial, imigrantes oriundos, principalmente do continente europeu, estabeleceram-se em nosso território, em especial nas regiões Sul e Sudeste, devido às condições climáticas e uma exploração agrícola que, apesar de incipiente em termos de industrialização, já despontava como mola propulsora das exportações do país.

Em contraponto as regiões Norte, Nordeste e Centro Oeste, que não haviam despertado para a

exploração racional de suas riquezas em escala industrial, buscaram meios de estruturação para tanto, encontrando, em parte, apoio do governo federal, sobressaindo-se na Região Nordeste a criação da SUDENE e do Banco do Nordeste do Brasil S.A, como indutores da industrialização na região.

Destaque-se na Bahia, a título de justiça, o papel desempenhado pelo economista Rômulo Almeida, presidente do Banco do Nordeste do Brasil, em 1953, Secretário de Fazenda e Planejamento do Estado da Bahia em 1954, que, em 1955, criou o Fundo de Desenvolvimento Agroindustrial da Bahia, e, estruturou a criação do Polo Petroquímico de Camaçari o Centro Industrial de Aratu.

Na esteira do desenvolvimento industrial e agrícola, visando o seu incremento nas regiões industriais e a absorção de mão de obra, o Estado da Bahia, no ano de 2001, após estudos e planejamentos, instituiu o “Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE”, através a Lei 7.980, de 12 de dezembro de 2002, que estabelece:

Art. 1º - Fica instituído o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, com o objetivo de fomentar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial, 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.

Estabelecendo no artigo 3º:

Art. 3º - Os incentivos a que se refere o artigo anterior têm por finalidade estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos industriais já instalados, com geração de novos produtos ou processos, aperfeiçoamento das características tecnológicas e redução de custos de produtos ou processos já existentes.

Também, a referida lei, estabelecia as premissas essenciais para sua execução, bem como, as condições a que estariam sujeitos os pretensos beneficiários.

Dispensado se afirmar que o programa DESENVOLVE trouxe para o Estado da Bahia incremento, principalmente na atividade industrial, dinamizando o Polo Petroquímico de Camaçari e outros polos industriais criados em regiões onde o adensamento populacional assim condicionava e permitia.


De relação à Recorrente, a mesma estabeleceu-se no Estado da Bahia, tendo seu registro no CNPJ em data de 18.08.2009, conforme comprova o seu registro no CNPJ, abaixo:

		REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	
		CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA	
NÚMERO DE INSCRIÇÃO 11.065.453/0001-12 MATRIZ		COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	
		DATA DE ABERTURA 18/08/2009	
NOME COBREMACK INDUSTRIA DE CONDUTORES ELETRICOS EIRELI		EMPRESARIAL	
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) COBREMACK		PORTE DEMAIS	
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL 27.33-3-00 - Fabricação de fios, cabos e condutores elétricos isolados			
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DAS ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS 20.31-2-00 - Fabricação de resinas termoplásticas 22.29-3-02 - Fabricação de artefatos de material plástico para usos industriais 22.29-3-99 - Fabricação de artefatos de material plástico para outros usos não especificados anteriormente 27.90-2-99 - Fabricação de outros equipamentos e aparelhos elétricos não especificados anteriormente 46.32-0-01 - Comércio atacadista de cereais e leguminosas beneficiados 46.32-0-03 - Comércio atacadista de cereais e leguminosas beneficiados, farinhas, amidos e féculas, com atividade de fracionamento e acondicionamento associada 47.42-3-00 - Comércio varejista de material elétrico 47.44-0-99 - Comércio varejista de materiais de construção em geral			

49.30-2-01 - Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, municipal.				
49.30-2-02 - Transporte rodoviário de carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional				
49.30-2-03 - Transporte rodoviário de produtos perigosos				
CÓDIGO	E	DESCRIÇÃO	DA	NATUREZA JURÍDICA
230-5 - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (de Natureza Empresári				
LOGRADOURO V CENTRO		NÚMERO 4284	COMPLEMENTO : PREDIO C-01;	
CEP 43.700-000	BAIRRO/DISTRITO CIA SUL		MUNICÍPIO SIMOES FILHO	UF BA
ENDEREÇO waldomiro.jesus@cobremack.com.br		ELETRÔNICO		
ENTE *****		FEDERATIVO RESPONSÁVEL (EFR)		
SITUAÇÃO ATIVA		CADASTRAL	DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 18/08/2009	
MOTIVO		DE SITUAÇÃO		CADASTRAL
SITUAÇÃO RECUPERACAO JUDICIAL		ESPECIAL	DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL 18/20/2401	

Legalizada, a Recorrente apresentou projeto para obtenção dos benefícios do Desenvolve, de imediato, tendo seu pleito atendido através a Resolução nº 124, de 16 de dezembro de 2009, posteriormente alterado pela Resolução nº 108/2010.

Saliente-se que a Recorrente, após o arquivamento dos seus atos constitutivos na Junta Comercial do Estado da Bahia, provavelmente sem entrar ainda em operação, criou uma filial no Estado de São Paulo, com o mesmo objeto social da Matriz, tendo também como atividade principal a identificada pelo CNAE 27.33-3-00 - Fabricação de fios, cabos e condutores elétricos isolados como se comprova através o seu Cadastro no CNPJ, como abaixo:

 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA				
NÚMERO DE INSCRIÇÃO 11.065.453/0002-01 FILIAL	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL		DATA DE ABERTURA 30/09/2009	
NOME COBREMACK INDUSTRIA DE CONDUTORES ELETRICOS EIRELI			EMPRESARIAL	
TÍTULO DO ESTABELECIMENTO COBREMACK	(NOME DE FANTASIA)			PORTE DEMAIS
CÓDIGO	E	DESCRIÇÃO	DA	ATIVIDADE ECONÔMICA PRINCIPAL
27.33-3-00 - Fabricação de fios, cabos e condutores elétricos isolados				
CÓDIGO	E	DESCRIÇÃO	DAS	ATIVIDADES ECONÔMICAS SECUNDÁRIAS
20.31-2-00	-	Fabricação	de	resinas termoplásticas
22.29-3-02	-	Fabricação	de	artefatos de material plástico para usos industriais
22.29-3-99	-	Fabricação	de	artefatos de material plástico para outros usos não especificados anteriormente
27.90-2-99	-	Fabricação	de	outros equipamentos e aparelhos elétricos não especificados anteriormente
46.32-0-01	-	Comércio	atacadista	de cereais e leguminosas beneficiados
46.32-0-03	-	Comércio	atacadista	de cereais e leguminosas beneficiados, farinhas, amidos e féculas, com atividade de fracionamento e acondicionamento associada
47.42-3-00	-	Comércio	varejista	de material elétrico
47.44-0-99	-	Comércio	varejista	de materiais de construção em geral
49.30-2-01	-	Transporte rodoviário	de	carga, exceto produtos perigosos e mudanças, municipal.
49.30-2-02	-	Transporte rodoviário	de	carga, exceto produtos perigosos e mudanças, intermunicipal, interestadual e internacional
49.30-2-03	-	Transporte rodoviário	de	produtos perigosos
CÓDIGO	E	DESCRIÇÃO	DA	NATUREZA JURÍDICA

230-5 - Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (de Natureza Empresári			
LOGRADOURO AV GINO BORELLI		NÚMERO 445	COMPLEMENTO GALPAOG1 A G6
CEP 06.529-320	BAIRRO/DISTRITO JARDIM NINA (FAZENDINHA)	MUNICÍPIO SANTANA DE PARNAIBA	UF SP
ENDEREÇO WALDOMIRO.JESUS@COBREMACK.COM.BR		ELETRÔNICO TELEFONE (11) 4156-5531	
ENTE *****		FEDERATIVO RESPONSÁVEL (EFR)	
SITUAÇÃO ATIVA		CADASTRAL	DATA DA SITUAÇÃO CADASTRAL 30/09/2009
MOTIVO DE		SITUAÇÃO CADASTRAL	
SITUAÇÃO *****		ESPECIAL	DATA DA SITUAÇÃO ESPECIAL *****

Após estas considerações, adentro à apreciação do Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente, definindo meu posicionamento, didaticamente, em relação a cada infração.

INFRAÇÃO 01 – *Deixou de recolher de ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no montante de R\$ 6.440.217,39, multa de 60%, para fatos arrolados nos meses de setembro a dezembro de 2017.*

A alegação da Recorrente de ocorrência da sua exclusão do programa Desenvolve não prospera. A autuação está lastreada no que determina o Decreto nº 8.205/2002, vigente à época dos fatos geradores, assim descrito:

“Art. 18. A empresa habilitada que atrasar ou deixar de recolher o ICMS ao Tesouro do Estado, por 03 (três) meses consecutivos, ou 06 (seis) meses alternados, terá automaticamente suspenso o incentivo.

Parágrafo único. A empresa voltará a gozar do financiamento após a regularização total das obrigações vencidas, não tendo direito, entretanto, ao benefício relativo àquelas parcelas correspondentes aos meses em que realizou o pagamento com atraso.”

Conforme constatado no sistema SIGAT da SEFAZ BAHIA, os recolhimentos do ICMS referente os meses de Setembro, Outubro, Novembro e Dezembro de 2017, não foram recolhidos nas datas do seu vencimento, não existindo comprovação de que os houvera efetuado até a data da lavratura do Auto de Infração, motivo que enseja a perda do benefício para estes meses, sendo que a partir de janeiro de 2018 a Recorrente já não operava mais sua unidade fabril, tendo seu parque industrial desmontado, conforme constatação feita pelo sindicato laboral, invocado pelos funcionários em face do desemprego causado.

Por não atender ao disposto na legislação própria e não caber razão às suas alegações, julgo esta infração Procedente.

Infração 02. - *Deixou de recolher ICMS diferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos seus funcionários, nos meses de fevereiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017, no valor de R\$ 41.323,33, proposta multa de 60%.*

Alegou o preposto autuante, acatado pela Junta Julgadora a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS Diferido sobre a aquisição de refeições que seriam destinadas ao fornecimento aos seus funcionários. Em sua alegação, a Recorrente afirma que o fornecimento de refeições a seus funcionários era efetuado de forma gratuita.

A Recorrente anexou como comprovação do não desconto da verba de alimentação, através CD Mídia, Doc. 6, planilha onde consta o Resumo da Folha de Pagamento, demonstrando o registro das verbas pagas e descontadas aos funcionários, dele não constando a verba referente desconto de “fornecimento de alimentação”, com o objetivo de dar guarida à sua pretensão.

Alega que a isenção do ICMS sobre o fornecimento de refeição de forma gratuita aos funcionários

está acobertada pelo RICMS no artigo 265, como abaixo:

“Art. 265. São isentas do ICMS:

II – As saídas internas de:

(...)

j - os fornecimentos de refeições sem fins lucrativos, em refeitório próprio, feitos por estabelecimentos industriais, comerciais ou produtores, diretamente a seus empregados, bem como por agremiações estudantis, instituições de educação ou de assistência social, sindicatos ou associações de classe, diretamente a seus empregados, associados, professores, alunos ou beneficiários, conforme o caso (Conv. ICM 01/75) “.

Ocorre que para que se considere isento o fornecimento gratuito de refeições a funcionários, as mesmas teriam que ser preparadas no próprio estabelecimento, o que não ocorreu no caso em foco, sendo que as mesmas foram adquiridas diretamente a fornecedores, dentre eles, apontado pela Recorrente, uma empresa enquadrada no Simples Nacional.

O fornecimento, no caso, por não ser preparação própria, enquadra-se em operação cujo ICMS é diferido, nos termos do que determina o RICMS/BAHIA, como abaixo:

“Art. 286. É diferido o lançamento do ICMS:

(...)

VII - nos fornecimentos de refeições a quaisquer estabelecimentos de contribuintes deste estado, destinadas a consumo por parte de seus empregados”.

Tal dispositivo foi revogado pelo Decreto nº 18.085, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 01/01/18, tal como informado na defesa, porém, tinha plena vigência e aplicação na época dos fatos geradores.

Desta forma, diante do dispõe a legislação vigente e, não comprovando a Recorrente haver efetuado o recolhimento do ICMS Diferido, julgo procedente a infração 02.

Infração 03 - 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, no total de R\$19.157.208,71, multa de 100%, no período de março a dezembro de 2015, janeiro, março a outubro e dezembro de 2016 e janeiro, fevereiro, abril a agosto de 2017.

Consta a indicação de que: *“em conformidade com o determinado no Art. 1º da lei n.º 13.564 de 20 de junho de 2016, o contribuinte deixou de recolher e comprovar o depósito em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, das quantias devidas para os meses de julho e agosto de 2016 e, em decorrência disso, passou a dever integralmente o ICMS desses meses, sem direito a qualquer redução ensejada pelo programa DESENVOLVE”.*

Com base nos demonstrativos acostados ao processo o preposto autuante, acompanhado pela Junta Julgadora, afirma haver a Recorrente cometido a infração imputada, no período autuado de três formas:

1. Recolhimento a menor do ICMS não sujeito à dilação, parcela vencível no dia 09 do mês seguinte à ocorrência do fato gerador, por erro na apuração da parcela sujeita à dilação;
2. Cobrança do ICMS integral, abatido os valores recolhidos a título de ICMS Normal (Receita 0806) e ICMS DESENVOLVE (Receita 2175) devido à falta de recolhimento do Fundo de Pobreza na data da quitação da parcela sujeita à dilação em 29/06/2017 e 20/07/2017, respectivamente, ou seja, em momento posterior à vigência da Lei 13.564/16, que instituiu o Fundo de Pobreza; e,
3. A empresa autuada recolheu a menor o valor do ICMS Normal – de parcela não sujeita à dilação.

A alegação da Recorrente de não haver recolhido a menor o ICMS não sujeito à dilação, não foi comprovado com a apresentação de cálculos que elidissem o afirmado pelo autuante, que anexou ao processo planilhas demonstrativas comprovando o que foi autuado, além do que as operações

de transferências alegadas, acobertadas pelos CFOPs 6151 e 6152 não têm o condão de enquadrar como parcelas incentivadas para obtenção do benefício que pretendia a mesma ter direito. Abaixo a descrição dos referidos CFOPs:

6.151 - Transferência de produção do estabelecimento

Classificam-se neste código os produtos industrializados ou produzidos pelo estabelecimento em transferência para outro estabelecimento da mesma empresa.

6.152 - Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros

Classificam-se neste código as mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização, comercialização ou para utilização na prestação de serviços e que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento, transferidas para outro estabelecimento da mesma empresa.

Como se pode ver, não se trata de operações de venda de produção dos produtos industrializados, ou de matéria prima para processamento pela Recorrente, mas de produtos para revenda, aliás atividade prevista nos objetivos sociais, tanto do estabelecimento matriz (destinatário), como do estabelecimento filial (remetente), não tendo o programa Desenvolve estendido o benefício à filial do estabelecimento detentor do benefício, nem às operações de revenda, o que descaracterizaria o objetivo do incentivo.

De relação ao Recolhimento das contribuições ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, a sua alegação de que não poderia ser excluída do programa Desenvolve, o que em realidade não ocorreu, repise-se, sob a alegação do que dispõe a Lei nº 13.564/2016, que só teve sua eficácia a partir de 01.09.2016, por força do determinado pelo Decreto nº 16.970, de 19.08.2016, quando ficaram definidos os cálculos para obtenção do valor correspondente a 10% da parcela incentivada que deveria ser recolhida ao Fundo de Pobreza, não lhe dá amparo, conforme abaixo descrevo.

A matéria está regulamentada na lei acima anotada conforme abaixo se explicita:

Art. 1º A fruição de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros que resultem em redução do valor a ser pago do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS fica condicionada ao cumprimento, pelo contribuinte beneficiário ou incentivado, da comprovação de depósito, em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício.

§ 1º O disposto neste artigo se aplica, inclusive, em relação aos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros cuja fruição esteja em curso.

§ 2º Ato do Chefe do Poder Executivo definirá procedimentos para o cálculo e o recolhimento do valor do depósito previsto no caput deste artigo e poderá restringir a aplicação das condições a determinados benefícios ou programas de incentivo.

Art. 2º O descumprimento do disposto no art. 1º desta Lei resultará em:

I - perda automática, no mês da fruição dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no caput do art. 1º desta Lei; (grifo nosso)

II - perda definitiva dos respectivos benefícios e incentivos fiscais ou financeiros, se o contribuinte beneficiário ou incentivado não efetuar, no prazo regulamentar, o depósito previsto no caput do art. 1º desta Lei por 03 (três) meses, consecutivos ou não, no intervalo de 12 (doze) meses.

A alegação de que não poderia ser excluída do programa Desenvolve por não haver se enquadrado no que está descrito no inciso II, do artigo 2º, não procede, tendo em vista que a mesma não foi excluída por infringência ao inciso citado mas sim, autuada por infringir o inciso I, ou seja a perda do benefício no mês por não efetuar no prazo regulamentar o recolhimento devido, que não se pode confundir com exclusão, sendo portanto devido o quanto cobrado de relação aos meses de Julho e Agosto de 2016.

Em se tratando do recolhimento de Janeiro, Fevereiro, Abril, Maio, Junho, Julho e Agosto a autuação foi, também, em função do recolhimento fora do prazo dos valores devidos, comprovados por meio dos registros constantes do SIGAT da SEFAZ/BAHIA, onde se demonstra

que os recolhimentos foram efetuados sempre em mês posterior ao do vencimento, como abaixo se demonstra:

OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO
31/03/2015	09/04/2015	10.575,45	10.575,45
30/04/2015	09/05/2015	16.920,61	16.920,61
31/05/2015	09/06/2015	8.469,13	8.469,13
30/06/2015	09/07/2015	13.245,66	13.245,66
31/07/2015	09/08/2015	4.031,68	4.031,68
31/08/2015	09/09/2015	2.528,40	2.528,40
30/09/2015	09/10/2015	14.841,45	14.841,45
31/10/2015	09/11/2015	24.540,51	24.540,51
30/11/2015	09/12/2015	7.834,72	7.834,72
31/12/2015	09/01/2016	5.066,18	5.066,18
31/01/2016	09/02/2016	21.932,71	21.932,71
31/03/2016	09/04/2016	20.766,37	20.766,37
30/04/2016	09/05/2016	17.517,44	17.517,44
31/05/2016	09/06/2016	778,67	778,67
30/06/2016	09/07/2016	20.374,86	20.374,86
31/07/2016	09/08/2016	1.730.687,50	1.730.687,50
31/08/2016	09/09/2016	1.613.897,63	1.613.897,63
30/09/2016	09/10/2016	1.702,79	1.702,79
31/10/2016	09/11/2016	38.853,23	38.853,23
31/12/2016	09/01/2017	6.925,30	6.925,30
31/01/2017	09/02/2017	1.914.242,77	1.914.242,77
28/02/2017	09/03/2017	1.910.694,79	0,00
30/04/2017	09/05/2017	2.340.172,64	2.340.172,64
31/05/2017	09/06/2017	2.526.493,78	2.526.493,78
30/06/2017	09/07/2017	2.428.813,39	2.428.813,39
31/07/2017	09/08/2017	2.014.395,12	2.014.395,12
31/08/2017	09/09/2017	2.440.905,93	2.440.905,93
Total		19.157.208,71	17.246.513,92

Considerando que os recolhimentos referentes ao tributo oriundo dos fatos geradores apurados em 28.02.2017, com vencimento em 09.03.2017, foi recolhido em duas parcelas, dentro do próprio mês do vencimento, nos dias 24 e 28.03.2017, em face do determinado pelo Decreto nº 18.406, de 22.05.2018, aplicando a retroatividade benigna, excluo da cobrança o valor correspondente ao período acima referenciado, equivalente a R\$1.910.694,79, restando a infração no valor de R\$17.246.513,92.

Considerando o que acima descrevi julgo Parcialmente Procedente a infração 03.

Infração 04 - *Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ser pago por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, no valor de R\$3.086.591,78.*

A alegação apresentada pela autuante que as operações objeto desta infração diz respeito a simples remessas para armazenagem não é corroborada pelas provas, por ela mesma acostadas ao processo, no doc. 9 da mídia que acompanha sua peça recursiva.

As notas fiscais apresentadas no referido doc. 9 dizem respeito a “Transferência de Produção fora do Estado”, CFOP 6151, de emissão de sua filial sediada no Estado de São Paulo, o que indica tratar-se de mercadorias destinadas à comercialização pela matriz sediada no Estado da Bahia, portanto sujeito ao recolhimento da antecipação parcial nos termos da Lei nº 7.014/96, como abaixo transcrito:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do

art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

De relação à pretendida não incidência da antecipação parcial, comprovado está não se tratar de Simples Remessa”, mas, em realidade, “Transferência de Produção Fora do Estado”.

Depõe contra a Recorrente a resposta à consulta por ela efetuada e que destacou em sua peça recursal, buscando descaracterizar o que lhe foi imputado na referida infração, como abaixo se manifestou:

Devemos destacar ainda, que o parecer 3692 emitido pela ilustríssima Norma Suely Contreiras de Carvalho Lima, salienta que a as aquisições interestaduais de mercadorias estão isentas de antecipação quando destinadas a continuidade do processo de industrialização, vejamos:

“O regime de antecipação parcial incide nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive transferências, exceto aquelas cujas saídas internas sejam isentas, imunes, enquadradas no regime de substituição tributária, seja por antecipação, seja por retenção ou quando destinadas a fazer parte de processo de industrialização ou que Portanto, é condição essencial para incidência deste regime que a destinação dada a estas mercadorias seja de comercialização.”

Ingênuo seria admitir-se que a Recorrente enviasse para sua filial sediada no Estado de São Paulo produto já acabado e esta filial o devolvesse na condição de “Produção fora do Estado, sem que executasse qualquer beneficiamento, ao menos não foi acostada ao processo qualquer prova de que isto ocorreria.

Configurado que as operações das quais se reclama o recolhimento da antecipação parcial, não se trata de produção da Recorrente, nem beneficiamento de produtos enviados para industrialização por terceiros mas, sim, de produtos fabricados por outros estabelecimentos não identificados, conforme descrito nas notas fiscais acostadas ao processo em mídia, doc. 9, enviados para o estabelecimento matriz, objeto da presente autuação para comercialização, desde quando não comprovada que seriam matérias primas ou outros itens componentes da sua produção industrial, é devida a cobrança.

Saliente-se ainda que tais produtos, adquiridos de terceiros para comercialização, não poderiam ser objeto de usufruto do benefício do programa Desenvolve. Assim, julgo procedente a infração 04.

Infração 05 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril a outubro e dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016, janeiro, fevereiro, abril a agosto, outubro a dezembro de 2017, no valor de R\$5.490,83.

A autuação teve por base, o não registro na escrita fiscal da Recorrente, SPED FISCAL, de notas fiscais de aquisição de produtos/mercadorias oriundas de outros Estados da Federação, conforme demonstrativo “NF-e DE AQUISIÇÕES NÃO LANÇADAS NA ESCRITA FISCAL DIGITAL.xlsx, extraídos dos registros digitais constantes na base de dados do sistema SPED, do qual a Recorrente recebeu cópia, não tendo a mesma comprovado a devida escrituração, sendo que a maioria refere-se a transferências oriundas da sua filial sediada no Estado de São Paulo, sendo estranho que a mesma requeira que o Fisco comprove o “pagamento efetuado aos fornecedores”, numa total inversão de provas, sendo devida a penalidade de 1% sobre os valores omitidos, conforme determinado pela Lei 7.014/96, no artigo 42, inciso XI, vigente à época dos fatos geradores.

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

“XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;”

Diante do exposto, julgo procedente a infração 05.

Infração 06 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo cominada multa percentual de 1% sobre o valor de cada entrada, totalizando R\$6.915,98.

Da mesma forma que de relação à infração 05, rejeito as razões da Recorrente por serem os

mesmos, destituídos de qualquer prova/registro da escrituração das notas fiscais apontadas, pelo julgo a infração 06 procedente.

É de se salientar que a Recorrente, havendo encerrado suas atividades no estabelecimento matriz, sediado neste Estado, no momento, se encontra em processo de recuperação judicial, através do Processo nº 1000018-37.2017.8.26.0542 apensado ao Processo nº 1017667-88.2016.8.26.0529 em curso no Juízo de Direito da Vara de Falências, Recuperações Judiciais e Conflitos Relacionados à Arbitragem da cidade de São Paulo.

Diante do que analisei e confirmei, nos termos do que determina o RPAF/BAHIA, não havendo preliminares, dou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, julgando procedentes em sua totalidade as infrações 01, 03, 04, 05 e 06, e parcialmente procedente a infração 03.

RESUMO

INFR	AUTUADO	JULGADO	MULTA	RESULTADO
01	6.440.217,39	6.440.217,39	60%	PROCEDENTE/N.PROVIDO
02	41.323,33	41.323,33	60%	PROCEDENTE/N.PROVIDO
03	19.157.208,71	17.246.513,92	100%	PROC. PARCIAL/N.PROVIDO* (de ofício)
04	3.086.591,78	3.086.591,78	-----	PROCEDENTE/N.PROVIDO
05	5.490,83	5.490,83	-----	PROCEDENTE/N.PROVIDO
06	6.915,98	6.915,98	-----	PROCEDENTE/N.PROVIDO
Total	28.737.748,02	26.827.053,23		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269096.0005/18-2**, lavrado contra **COBREMACK INDÚSTRIA DE CONDUTORES ELÉTRICOS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.728.054,64**, acrescido das multas de 60% sobre R\$6.481.540,72 e 100% sobre R\$17.246.513,92, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “f” e IV, “j” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$12.406,81** e percentual no valor de **R\$3.086.591,78**, previstas nos incisos IX, XI e II, “d” do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS