

PROCESSO	- A. I. N° 269190.0112/15-0
RECORRENTE	- VALFILM NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n° 0173-04/18
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 01/04/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0040-12/20

EMENTA: ICMS. 1. DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. ERRO NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. Após a defesa apresentada pelo autuado e informação fiscal dos autuantes, restou comprovado que houve a irregularidade apontada pela não inclusão de parcelas devidas no cálculo da parcela sujeita à dilação de prazo de pagamento. Reduzido o valor recolhido a maior da parcela incentivada. Infração parcialmente subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. Não vieram aos autos comprovação de cancelamento dos documentos fiscais consoante alegado na defesa. Infração procedente. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 10%. Infração mantida diante da inexistência de provas frente ao argumento defensivo apresentado, uma vez comprovado que as referidas notas fiscais não foram canceladas. Retificação de ofício da multa aplicada, de 10% para 1%, diante do fato da redação do inciso IX, do Art. 42 da Lei n° 7.014/96, alterado pela Lei n° 13.461/15, que passou a produzir efeitos a partir de 11 de dezembro de 2015, a qual determinou a imposição de multa no percentual de 1% sobre o valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação, que tenham entrado no estabelecimento ou por ele utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, atendendo tal retificação ao disposto no Art. 106 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que a lei aplica-se a ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática. Infração mantida. Adequação da multa aplicada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/12/2015, no valor de R\$631.906,36, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 03.08.04 – Recolheu a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$576.082,99, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei n° 7.014/96. Infração julgada procedente e objeto do Recurso Voluntário.

Consta que o Autuado é beneficiado pela Lei nº 7.980/01, que instituiu o Programa DESENVOLVE, regulamentada pelo Decreto nº 8.205/02, e Resoluções nº 26/2006 e 48/2011, e que ao proceder aos referidos ajustes, entre outros equívocos, deixou de incluir nos cálculos do DESENVOLVE créditos referentes a aquisição de embalagens e aquisição de serviços de transporte nas saídas de produção própria, operações encontram-se diretamente ligadas à produção incentivada, logo, estes créditos não mais poderiam ter sido excluídos do cálculo do ICMS incentivado, resultando em aumento da parcela de ICMS incentivado, além da não inclusão da Nota Fiscal nº 13.051, no mês de janeiro de 2012, tendo sido recalculado, mês a mês, a parcela do saldo devedor mensal de ICMS incentivado no mês e o consequente prejuízo ao Erário.

Infração 04 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março a maio, setembro e dezembro de 2012 e março, maio, setembro e novembro de 2013, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$13.718,71, correspondente a 10% do valor das entradas não escrituradas, prevista no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente, com redução da multa, e é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 05 - 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril, junho, agosto, setembro e dezembro de 2012 e abril a setembro, novembro e dezembro de 2013, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$35.769,37, correspondente a 1% do valor das entradas não escrituradas, prevista no Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96. Infração julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

A 4ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, com redução da multa aplicada na Infração 04, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0173-04/18 (fls. 210 a 227), com base no voto a seguir transcrito:

“O lançamento constitui-se em seis infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação, ainda que parcial 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.

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.

As infrações 02, 03 e 06, não tendo sido impugnadas pelo sujeito passivo, são tidas como procedentes, estando, pois, fora da lide.

Remanescem, entretanto, as infrações 01, 04 e 05 a serem apreciadas.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado na peça defensiva, especialmente em relação às infrações 04 e 05, não o acolho como solicitado na peça mencionada, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia, simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Impende dizer-se, que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ressalte-se que a diligência e/ou perícia, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido da inexistência de cerceamento de defesa, ante à negativa de tal pedido, a exemplo da decisão abaixo transcrita, oriunda do STJ:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS

AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.
2. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.
3. Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente convencido pelas conclusões a que chegou o perito. A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.
4. Agravo regimental desprovido.

Processo: AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1
Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Julgamento: 12/05/2015
Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA
Publicação: DJe 18/05/2015"

Os elementos constantes nos autos são suficientes para o pleno convencimento do julgador e o deslinde da questão, nos termos do artigo 147, incisos I, alínea "a" e II, alínea "a" do RPAF/99, o que, da mesma forma, concorre para tal indeferimento, restando em relação à infração 01, o pedido prejudicado, pelo fato da relatora anterior ter convertido o feito em diligência aos autuantes, com tal finalidade.

Para a infração 01, a defesa se estriba no fato de ter segundo a fiscalização, recolhido a menor o imposto devido diante de erros na sua apuração, frente à formulação contida na Instrução Normativa 27/09, a qual dispõe sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher, passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE).

A própria empresa admite ter realizado industrialização de produtos que não estavam inseridos em suas Resoluções de Habilitação ao Programa, inclusive, os valores relativos ao ICMS tributado nessas operações, teriam sido excluídos dos cálculos de ajustes para apuração do ICMS incentivado, esclarecendo que os valores dos créditos mencionados na autuação se referem àqueles lançados na apuração no campo "outros créditos", e considerando também que as aquisições de embalagens mencionadas, dizem respeito ao crédito presumido devido ao contribuinte no regime de conta corrente fiscal de mercadorias adquiridas de ME e EPP industriais optantes pelo Simples Nacional (base legal artigo 269, inciso X do Decreto 13.780/12) e os serviços de transportes se relacionam também com a industrialização e transportes dessas mercadorias, norteado pelo princípio da boa-fé, não os considerou como créditos integrantes dos cálculos relativos ao benefício do qual participa, pois conforme a própria norma dispõe, deverão ser excluídos dos cálculos a parcela do imposto de operações que não estão enquadradas no benefício.

Requer a revisão dos cálculos apresentados pela fiscalização, considerando a exclusão das parcelas referentes às aquisições das embalagens, assim como as prestações de serviços de transportes dessas mercadorias não alcançadas pelo incentivo, e ainda que tenha ocorrido lançamento equivocado, em apelo à coerência e razoabilidade, a fiscalização poderia facilmente constatar, garantindo não ter agido com dolo ou má fé.

Os autuantes se posicionam no sentido de que o sujeito passivo, ao calcular o montante incentivado, procedia ao cálculo de forma diversa daquela prevista na legislação, ou seja, ao invés de partir do saldo devedor de ICMS do mês, para com os ajustes chegar ao valor da parcela incentivada, computava apenas o ICMS das operações que tratava como incentivadas, para já totalizar o valor da parcela exposta ao benefício do DESENVOLVE, o que a princípio não implicaria obrigatoriamente em erro, apenas trazendo como prejuízo num primeiro momento a perda de transparência do cálculo, já que os expurgos deixam de ser explicitados, tendo o cuidado de ao curso da fiscalização refazer os cálculos do ICMS passível de incentivo, seguindo rigorosamente a legislação e especialmente a IN 27/2009, chegando aos valores constantes no ANEXO 01, fls. 14 a 17, decorrente de equívocos e omissões cometidas pela empresa, ao calcular a parcela a ser incentivada pelo DESENVOLVE.

A primeira relatora, em sede de diligência, solicitou esclarecimentos aos autuantes, os quais em atendimento a tal acrescentaram que a memória de cálculo foi apresentada pela própria empresa, tendo os cálculos do imposto devido atendido ao disposto na Instrução Normativa 27/09, ao contrário do procedimento da autuada.

Passam a seguir a explicar que somente consideraram as operações amparadas pelas Resoluções 26/2006 e 48/2011 do conselho deliberativo do programa Desenvolve, considerando apenas os produtos ali contidos e incentivados, motivo pelo qual não consideraram as operações com os produtos "laminados" e "terphane", vez que não abarcados pelas mesmas, ou seja, não são produtos incentivados.

Falam ainda a respeito dos créditos relativos à contratação de prestações de serviços de transporte e àqueles

relativos a materiais de embalagem, esclarecendo que não poderiam ser excluídos dos cálculos, tal como procedido pela empresa, por se relacionarem com a produção de produtos sujeitos ao incentivo fiscal.

Dizem ainda que todos os dados foram extraídos dos livros e documentos apresentados, estando de posse do contribuinte.

Não houve manifestação em relação à informação contida na diligência, por parte do contribuinte.

Analisando os elementos e dados contidos nos autos, especialmente as planilhas elaboradas pelos autuantes, bem como os argumentos e elementos trazidos pela defesa, constato que a mesma se apresenta como genérica e ampla, apenas abordando de forma específica as contratações de serviços de transporte e aquisições de material de embalagem, ao passo que em relação a outros possíveis e eventuais equívocos cometidos pelo fisco, apenas pede a realização de diligência, sem especificar qualquer elemento que poderia propiciar a adoção de tal prática, embora a relatora original tivesse demandado tal realização.

Fato é que os elementos que serviram de base para o lançamento, se basearam nos dados, elementos e informações disponibilizados pelo sujeito passivo à fiscalização.

Em relação ao fato de ter excluído as contratações de serviços de transporte, mister se faz destacar que o conteúdo da Instrução normativa 27/09, de 02 de junho de 2009, especifica que o cálculo da parcela incentivada será realizado através da equação $SDPI = SAM - DNVP + CNVP$, na qual $SDPI$ é o saldo devedor passível de incentivo pelo DSENVOLVE, SAM vem a ser o saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo), $DNVP$ os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado e $CNVP$ seriam os créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.

Comprovado que as operações com material de embalagem e contratação de serviços de transporte vinculados aos produtos incentivados, na forma das Resoluções ativas, evidentemente tais valores deveriam compor a fórmula para apuração do valor incentivado, o que não foi atendido pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, verifico que os produtos “laminados” e “terphane”, por não se encontrarem com previsão nas resoluções para obter qualquer tipo de incentivo em relação ao desenvolve, as operações com eles realizadas não podem ser computadas para o cálculo da parcela de ICMS incentivada, com o que agiram acertadamente os autuantes.

Quanto aos demais valores aplicados no cálculo dos valores incentivados pelo fisco, não foram contestados de maneira pontual ou específica, razão pela qual, passível de aplicação o teor dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, segundo os quais 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 a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente.

Além disso, tendo sido realizada a diligência solicitada pela então relatora, na qual os autuantes esclareceram de forma clara e definitiva os procedimentos adotados para a consecução da autuação, a empresa autuada não contestou qualquer elemento da mesma, diante dos esclarecimentos prestados pelos autuantes, o que depõe contra seus argumentos.

Aliás, na peça de defesa apresentada, a própria autuada considera a possibilidade de “ainda que tenha ocorrido lançamento equivocado”, invocando a ausência de má fé, intenção ou dolo, que na forma da legislação são fatos irrelevantes para a configuração da infração, exceto apenas para a qualificação da conduta e o agravamento da multa imposta, o que não é o caso presente.

Por tais razões, mantenho o lançamento nos valores originais, sendo a infração julgada procedente.

Abordarei de forma conjunta as infrações 04 e 05, que em essência se tratam da mesma matéria, qual seja, a falta de registro nos livros fiscais próprios de notas fiscais, com imposição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

A tese defensiva é a de que tais documentos teriam sido cancelados pelos emitentes, sendo necessária a realização de diligência no sentido de esclarecer a matéria, argumento já analisado anteriormente.

Já os autuantes, acostam em sede de informação fiscal, documentos, segundo os quais, todos os documentos fiscais eletrônicos arrolados no demonstrativo da infração estavam na situação de “autorizados”, sem qualquer cancelamento, o que desmonta a argumentação da defesa.

Fato é, que a empresa autuada não conseguiu desconstituir a acusação, sendo que a falta de escrituração de notas fiscais nos respectivos livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS, além de causar dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso é aplicada multa, conforme estabelece o artigo 42, incisos IX e XI da Lei 7.014/96, haja vista o interesse do Estado em manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a não escrituração dos documentos fiscais impede o pleno exercício de tal controle.

A multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual. Todavia, sendo o objeto do Auto de Infração a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória, em verdade, lançamento datado de 21 de dezembro de 2015, época na qual não mais vigia a seguinte redação para o artigo 42 da Lei 7.014/96, a qual determinava:

“IX - 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”.

Tal redação foi alterada pela promulgação da Lei 13.461, de 10 de dezembro de 2015, publicada no Diário Oficial do Estado de 11 de dezembro de 2015, com efeitos a partir desta data, a qual estabeleceu a seguinte redação para o mesmo dispositivo legal:

“IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”.

Por tal alteração, a partir de tal data, na prática, a penalidade por falta de registro na escrita fiscal de notas fiscais, independentemente do fato de serem tributadas ou não, ou ainda com tributação encerrada, comporta a mesma multa: 1% sobre o valor comercial da mercadoria.

Fato é, que passou despercebido dos autuantes tal alteração na quantificação da infração 04, o que motivou que aplicassem a multa anteriormente vigente, ao invés do Inciso IX, do artigo 42 da Lei 7.014/96, alterado pela Lei 13.461/15, já mencionada anteriormente, que passou a produzir efeitos a partir de 11 de dezembro de 2015, a qual determinou a imposição de multa no percentual de 1% sobre o valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos à tributação, que tenham entrado no estabelecimento ou por ele utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, atendendo tal retificação ao disposto no artigo 106 do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que a lei aplica-se a ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, reduz a penalidade para 1% do valor inicialmente lançado, resultando em valor de R\$1.3781,87 para a infração 04, mantido o valor originalmente lançado para a infração 05, qual seja, R\$35.769,37.

Isso pelo fato de diante da regra contida no artigo 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, segundo a qual a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim, diante do fato de que a alteração proporcionada à Lei 7.014/96 ser mais benéfica para o contribuinte, de ofício, aplico a redução decorrente da nova redação daquele dispositivo legal, e voto no sentido de que o lançamento deva ser julgado procedente no valor acima indicado, com adequação da penalidade à nova redação constante na Lei.

Na infração 05, cujos argumentos de impugnação foram os mesmos utilizados para a infração anterior, exceto a adequação do percentual de multa, nada há mais o que se comentar, cabendo a aplicação dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, os quais determinam que 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 a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente.

Isso diante do fato de os autuantes terem acostado ao feito cópias dos documentos fiscais que originaram a autuação, podendo o contribuinte ter contatado com os respectivos emitentes a fim de verificar a situação de cada documento de per si, o que não consta dos autos, se limitando à defesa a mera negativa do cometimento das infrações, o que conduz para a procedência das mesmas.

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 (60%), observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, o 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 independente 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 nº. 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 nº. 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 a multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto.

Da mesma forma, por se tratar de descumprimento de obrigação principal, descabe não somente aplicação de multa de natureza de descumprimento de obrigação acessória, ou a sua redução ou afastamento, conforme solicitado, nos termos do artigo 42, § 7º da Lei 7.014/96, que diz respeito apenas à multa por obrigação acessória.

Em relação à taxa SELIC, em que pese o entendimento da empresa autuada e a dissertação a respeito, inclusive com inserção de decisão do STJ datada do ano de 2002, que não reflete o entendimento majoritário e predominante do Poder judiciário, vez que a matéria já tem o entendimento pacificado, sendo amplamente aceita a sua cobrança, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, à vista de várias decisões no sentido de que a taxa SELIC pode ser aplicada para atualização de débitos tributários. Como exemplo, cito decisão do ministro do STF Marco Aurélio Melo ao abordar esta questão, assim decidiu:

AI 760894 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
Julgamento: 02/12/2010.

No que tange à taxa SELIC, dispõe o § 1º do artigo 161 do Código Tributário Nacional (CTN):

“Art. 161 do CTN: O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês (...).”

A taxa SELIC compreende correção monetária e taxa de juros reais, não tendo qualquer natureza remuneratória, mas representa apenas o custo que a Fazenda tem para captar recursos no mercado.

Ademais é pacífica orientação do STJ no sentido de que o artigo 161, §1º, do CTN, autoriza a previsão por lei diversa dos juros moratórios, o que permite a adoção da taxa SELIC, não havendo falar em ofensa ao art. 150, I, da Constituição Federal.

Dessa forma, fica demonstrado que a Corte Maior da justiça pátria aceita a aplicação da taxa SELIC nos débitos tributários, esquivando-se de apreciar a sua constitucionalidade, por entender que a matéria é de natureza infraconstitucional, não havendo ofensa a princípio constitucional, conforme explicitado no voto acima mencionado, nada mais nos cabe argumentar ou acrescentar à discussão, senão concluir pela coerência e base legal do procedimento da Fazenda Pública Estadual.

Frente 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, consoante bem lembrado pela defesa.

Relativamente à menção da Lei nº 9.430/96, esclareço que tal diploma dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências, não tendo qualquer aplicação em relação aos fatos aqui tratados, ao passo que a Lei 8.383/91, veio a instituir a Unidade Fiscal de Referência, alterar a legislação de imposto de renda e adotar outras providências, de igual forma, sem vinculação com os fatos do lançamento presente.

Frente às decisões judiciais mencionadas como paradigmas pela defesa, esclareço que as mesmas, além de não serem vinculantes, foram devidamente contrapostas por aquelas outras mencionadas no presente voto, além do que, no caso, vigora o princípio do livre convencimento do julgador, princípio do processo administrativo tributário, razão pela qual deixo de acolhe-las.

Por tais argumentos, julgo o lançamento procedente, com a adequação da multa na infração 04, resultando o valor devido no quadro abaixo indicado:

INFRAÇÃO 01	R\$ 576.082,99
INFRAÇÃO 02	R\$ 310,97
INFRAÇÃO 03	R\$ 5.564,32
INFRAÇÃO 04	R\$ 1.371,87
INFRAÇÃO 05	R\$ 35.769,37
INFRAÇÃO 06	R\$ 460,00
TOTAL	R\$ 619.559,52

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 234 a 237), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual sustentou que escriturou corretamente os valores dos créditos fiscais não vinculados à produção - CNVP, classificados no item 2.2.23 da Instrução Normativa nº 27/09, mas os Autuantes não consideraram como CNVP os valores lançados na apuração à título de “outros créditos” sob as rubricas de aquisição (insumo e embalagem) de empresas do Simples Nacional e de substituição tributária de transporte de matéria-prima, produtos intermediários e/ou produto acabado.

Afirmou que não foi concedido benefício fiscal para tais rubricas, conforme Resoluções DESENVOLVE nº 26/2006 e 48/2011, e que o Parecer nº 08873/2010 entendeu que o débito decorrente das operações que não refletem incremento na sua capacidade produtiva, a exemplo das operações com mercadorias produzida por terceiros, bem como o débito decorrente da substituição tributária, não podem ser alcançados pela dilação de prazo ali prevista.

Aduziu que não houve falta de recolhimento do ICMS, posto que o suposto recolhimento a menor da parcela de ICMS não vinculada ao projeto implica, necessariamente, no recolhimento a maior da parcela de ICMS incentivada, fato reconhecido pelos Autuantes nos cálculos apresentados, indicando que caberia ao Autuado pedir restituição dos valores pagos a maior.

Defendeu que não há que se falar em restituição de indébito quando, por um lado, se verifica o recolhimento a menor de ICMS e, por outro lado, o recolhimento a maior do ICMS dilatado, mas em alocação dos recolhimentos a maior para reduzir ou extinguir eventuais débitos relacionados ao mesmo período de apuração.

Manteve suas argumentações de não haver nenhum registro em sua contabilidade das notas fiscais relacionadas nos anexos das Infrações 04 e 05 e requereu a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do Auto de Infração em epígrafe, com redução da multa aplicada na Infração 04, sendo objeto deste Recurso as Infrações 01, 04 e 05, já que as Infrações 02, 03 e 06 foram reconhecidas e pagas (fls. 191 a 193).

No tocante às Infrações 04 e 05, constato que foram indicadas as chaves das notas fiscais eletrônicas e anexados os DANFES que as representam (fls. 88 a 144).

O Autuado apenas afirmou que não recebeu as mercadorias objeto das operações referidas.

Tendo em vista que, nos termos do Art. 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, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida que julgou parcialmente subsistente a Infração 04 e caracterizada a Infração 05.

Quanto à Infração 01, verifico que os elementos que serviram de base para o lançamento se basearam nos dados, elementos e informações disponibilizados pelo Autuado, sendo que as aquisições de embalagens e as prestações de serviços de transportes de matéria-prima, produtos intermediários e/ou produto acabado são alcançadas pelo incentivo, devendo compor os créditos fiscais vinculados ao projeto.

Portanto, assiste razão aos Autuantes na reclassificação dos créditos fiscais, de forma a seguir o disposto na Instrução Normativa nº 27/09, especialmente o seu item 2.2.23. Entretanto, a autuação envolve períodos em que não é mais possível a repetição de indébito e a apuração da parcela não incentivada é influenciada pelo cálculo da parcela incentivada, sendo que o valor calculado a menor da parcela não incentivada é resultante da apuração a maior da parcela incentivada.

Sendo assim, as duas parcelas devem ser apuradas conjuntamente, devendo ser compensado o valor exigido com o valor recolhido a maior da parcela incentivada, reduzindo o valor lançado. Portanto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reduzir o valor exigido na Infração 01 para R\$518.362,34, conforme demonstrativo a seguir:

Descrição	ICMS Indústria Devido	ICMS Indústria Recolhido	Diferença ICMS Indústria	ICMS Desenvolve Devido	ICMS Desenvolve Recolhido	Diferença ICMS Desenvolve	ICMS Devido
jan/12	132.333,45	100.992,12	31.341,33	109.426,88	112.561,01	- 3.134,13	28.207,19
fev/12	138.359,08	112.379,41	25.979,67	116.769,72	119.367,69	- 2.597,97	23.381,70
mar/12	167.099,27	144.995,58	22.103,68	135.290,15	137.500,52	- 2.210,37	19.893,31
abr/12	128.675,29	110.843,82	17.831,46	105.034,29	106.817,44	- 1.783,15	16.048,31
mai/12	160.410,54	135.822,92	24.587,62	120.154,85	122.613,62	- 2.458,77	22.128,86
jun/12	117.844,06	97.935,34	19.908,72	120.011,91	122.002,78	- 1.990,87	17.917,85
jul/12	144.096,83	116.884,84	27.211,99	102.140,97	104.862,17	- 2.721,20	24.490,80
ago/12	100.049,72	75.574,57	24.475,15	76.313,82	78.761,34	- 2.447,52	22.027,63
set/12	104.789,90	82.688,40	22.101,50	82.843,04	85.053,19	- 2.210,15	19.891,34
out/12	136.650,40	103.324,31	33.326,09	103.477,64	106.810,25	- 3.332,61	29.993,48
nov/12	160.501,63	138.154,78	22.346,85	130.058,63	132.293,31	- 2.234,68	20.112,17
dez/12	201.357,17	168.336,18	33.020,99	146.361,83	149.663,93	- 3.302,10	29.718,90
jan/13	187.212,73	142.597,53	44.615,20	144.250,69	148.712,21	- 4.461,52	40.153,68
fev/13	145.525,42	117.695,06	27.830,36	119.145,01	121.928,04	- 2.783,03	25.047,33
mar/13	128.651,72	108.358,90	20.292,82	101.163,92	103.204,44	- 2.040,52	18.252,30
abr/13	143.218,86	116.740,41	26.478,45	113.202,80	115.850,64	- 2.647,84	23.830,61

mai/13	128.121,01	98.541,45	29.579,56	102.761,38	105.719,33	- 2.957,95	26.621,61
jun/13	124.283,54	116.945,21	7.338,33	99.046,26	99.780,09	- 733,83	6.604,50
jul/13	175.598,80	154.956,41	20.642,39	138.845,32	140.909,56	- 2.064,24	18.578,15
ago/13	189.263,67	167.857,52	21.406,15	154.789,09	156.929,70	- 2.140,61	19.265,54
set/13	188.953,39	173.509,57	15.443,82	157.871,82	159.416,20	- 1.544,38	13.899,44
out/13	242.941,72	225.233,55	17.708,17	199.361,08	201.131,90	- 1.770,82	15.937,35
nov/13	190.175,65	168.952,89	21.222,76	156.578,36	158.700,63	- 2.122,27	19.100,49
dez/13	254.141,20	234.963,62	19.177,58	208.849,34	210.767,10	- 1.917,76	17.259,82
Valor Total da Infração 01							518.362,34

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração para exigir crédito fiscal no valor de R\$561.838,87, conforme demonstrativo abaixo:

Infração	Valor AI	Valor 4ª JJF	Valor 2ª CJF	Julgamento
1	576.082,99	576.082,99	518.362,34	Procedente em Parte/ P. Provido
2	310,97	310,97	310,97	Procedente/Reconhecida
3	5.564,32	5.564,32	5.564,32	Procedente/Reconhecida
4	13.718,71	1.371,87	1.371,87	Procedente em Parte/ N. Provido
5	35.769,37	35.769,37	35.769,37	Procedente/ N. Provido
6	460,00	460,00	460,00	Procedente/Reconhecida
Total	631.906,36	619.559,52	561.838,87	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269190.0112/15-0, lavrado contra VALFILM NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$524.237,63, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$37.601,24, previstas nos incisos IX (com redução da multa em obediência à Lei nº 13.461/2015), XI e XX, do mesmo artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de fevereiro de 2020.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS