

PROCESSO - A. I. Nº 276890.0002/19-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MOTECH DO BRASIL INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4º JJF nº 0188-04/19
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/09/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0154-12/20-VD

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA QUANTO À CARACTERIZAÇÃO DA INFRAÇÃO. Constatada a ausência nos autos de qualquer papel de trabalho que indique efetivamente o valor que o autuado utilizou mês a mês de parcela do ICMS sujeita a dilação de prazo prevista pelo programa DESENVOLVE, conforme determina a Resolução nº 52/2003, que autorizou o defendente usufruir dos benefícios do programa, viabilizando o cotejo com o valor que o agente Fiscal entende que deveria ser o valor correto. A metodologia de apuração do débito fiscal aplicada pelo agente Fiscal para quantificar o recolhimento a menor do ICMS por erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE não tem previsão na legislação e inviabiliza o pleno exercício do direito de defesa. Além das regras de direito material que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. Infração nula de ofício, com base no art. 18, inc. IV, “a” do RPAF/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) em face do Acórdão em epígrafe, de sua própria lavra, que concluíra em pela nulidade da autuação.

De ofício, os Senhores Julgadores reconheceram que a ação fiscal se desenvolveu de modo contrário ao que determina a legislação (Instrução Normativa nº 27/09) no que diz respeito à auditoria do DESENVOLVE, o que implicou nulidade do Auto de Infração.

A Autuada, ora Recorrida, se viu com isso desonerada, ao tempo da prolação da decisão, do montante de R\$ 1.210.962,84 (fl. 252).

O Auto de Infração, lavrado em 20/03/2019, fora notificado à Autuada via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) em 23/04/2019 (fl. 202). A única acusação de que o mesmo cuida, atinente a períodos de apuração saltados ao longo dos exercícios de 2015 e 2016, restou enunciada nos seguintes termos:

INFRAÇÃO 1 – 03.08.04: Recolheu à menor ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE nos anos de 2015 e 2016 conforme demonstrativo de fl. 7 a 10 dos autos. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte autuado adquiriu produtos (sacolas e filmes) de outro estabelecimento industrial fora do Estado, incluído as operações de saídas dos mesmos produtos no DESENVOLVE, reduzindo o

valor do ICMS devido sem o incentivo. Lançado ICMS no valor de R\$615.378,27, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Em julgamento que se realizou em 05/11/2019 a 4ª Jf julgou ser a autuação Nula, consoante fundamentação a seguir transcrita:

VOTO

No mérito, trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir débito do ICMS decorrente de obrigação principal, no montante de R\$615.378,27, dado a acusação de recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE nos anos de 2015 e 2016, conforme demonstrativo de fls. 7 a 10 dos autos.

Consta na descrição dos fatos que o contribuinte autuado adquiriu produtos – “sacolas” e “filmes” - de outro estabelecimento industrial fora do Estado, incluindo as operações de saídas dos mesmos produtos no Programa DESENVOLVE, reduzindo o valor do ICMS devido sem o incentivo, com enquadramento nos artigos 37 e 38 da Lei nº 7.014/96 c/c artigos 2º e 3º do Decreto nº 8.205/02, mais multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Compulsando os demonstrativos, de fls. 7 a 10 do autos, que dão fundamentação à presente imputação, vê-se que se trata eminentemente de uma planilha em que o agente Fiscal relaciona todas as notas fiscais decorrentes das operações de saídas do estabelecimento da defendente, com a descrição “sacolas” e “filmes”, com a indicação em todas as operações do “CFOP 5.101 - Venda de Produção do Estabelecimento” sob a perspectiva de que tais produtos não estariam abarcados pelo benefício fiscal do Programa DESENVOLVE, o qual o defendente usufruía na forma da Resolução nº 52/2003, expedida pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve no Estado da Bahia, à época dos fatos geradores.

A Resolução nº 52/2003 que habilitou a ENGEFLEX BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA de CNPJ nº 06.125.505/0001-69 e IE nº 063.610.674 NO, hoje, a Autuada, MOTTECH DO BRASIL INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA, com a mudança de titularidade efetuada pela Resolução nº 51/2017, publicada no DOE de 12/07/2017, autorizou a produzir “filmes gofrados”, “sacolas impressas” e “masterbatches”, onde, na forma do item II do art. 1º da citada Resolução, concedeu a dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias gerado em relação dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Neste contexto, diz o defendente de que os produtos constantes das notas fiscais relacionadas no demonstrativo de débito da autuação, de fls. 7 a 10 dos autos, trata-se de operação própria industrial decorrente “dos investimentos previstos no projeto incentivado”, que diz respeito, no caso em tela, a “impressão de filmes e sacolas”, em que aduz não haver qualquer vedação legal à realização da parte final do processo de industrialização no estabelecimento beneficiado sobre produtos semi-acabados, desde que o produto gerado tenha sido, ao fim, ali produzido e esteja no escopo do benefício fiscal concedido, como diz ter ocorrido.

Assevera, o defendente, que o processo de impressão de imagens, cores e caracteres em “filmes” e “sacolas” é pacificamente considerado industrialização, conforme dispõe a legislação aplicável ao IPI, mais especificamente o art. 4º do Decreto Federal nº 7.212/2010, que diz caracterizar industrialização qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoe para consumo. Acrescenta que o inciso II do referido dispositivo, ainda se esclarece que considera industrialização a atividade que importe em modificar, aperfeiçoar ou de qualquer forma, alterar o acabamento, ou a aparência do produto.

Sob tal perspectiva de industrialização, não há discórdia do agente Fiscal, que, em sede de Informação Fiscal, diz que realmente a defendente tem a capacidade de impressão de imagens, cores e caracteres em filmes e sacolas a qual alega na peça de defesa. Todavia, diz que o fato motivador da autuação tem natureza diversa. Consigna que se observa dos Anexos 01 e 03, relativo aos DANFE’s de aquisição constantes das fls. 11/42 (“filmes”) e das fls. 51/116 (“sacolas”), sem acostar quaisquer documentos probantes, de que os “filmes” e “sacolas” adquiridos são descritos pelo fornecedor não como filmes “lisos” ou como sacolas plásticas “lisas”, mas com a descrição de que deixa a interpretar não ter havido qualquer processo de industrialização pelo defendente, sob a perspectiva de que já havia ali nos produtos, objeto da autuação, a impressão que o sujeito passivo alega ter desenvolvido.

Pontua o agente Fiscal, que as saídas - “filmes” e “plásticos” - reveladas no Anexos 02 de fls. 43/50 e no Anexo 04 de fls. 117/197, sem tampouco acostar aos autos qualquer elemento de prova, diz que aconteceram muitas das vezes em tempo concomitante ou imediatamente posterior às entradas, caracterizando, ao seu entender, o viés comercial de tais operações, não se vislumbrando a realização de qualquer atividade industrial sobre as mercadorias objeto da autuação, constantes do demonstrativo de fls. 7/10 dos autos.

Neste contexto, do até aqui observado, destaco que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. O ato do lançamento tributário é um ato estatal praticado pelo agente Público, que deve seguir as regras do direito formal e material.

Desta foram, por si só, destas considerações postas até aqui, vejo elementos que autorizam este Relator, declarar de ofício, nulidade do lançamento fiscal, na forma do inc. IV, “a” do RPAF/BA, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida.

Não obstante este entendimento, vejo presente nos autos outro elemento que autoriza, também, declarar de ofício, nulidade do lançamento fiscal, é a forma de metodologia aplicada pelo agente Fiscal para quantificar o recolhimento a menos do ICMS por erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa DESENVOLVE, como assim está posto na descrição dos fatos da autuação.

O agente Fiscal, simplesmente, levantou as operações de vendas do sujeito passivo relacionadas aos produtos “sacolas” e “filmes” no período Fiscalizado, ou seja, no período de 01/01/2015 a 31/12/2016, então interpretou que se tratava de operação de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros, mesmo constando no corpo de todas as notas fiscais, objeto da autuação, a indicação do CFOP 5.101 - Venda de Produção do Estabelecimento, e acusou o sujeito passivo de ter cometido erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa DESENVOLVE, sem tampouco trazer aos autos qualquer demonstrativo apresentando o erro cometido pelo defendente, elemento motivador do Auto de Infração, exceto quanto a relacionar no demonstrativo de fls. 7/10 dos autos as operações de saídas dos produtos, que entende ter sido adquiridos de terceiros para revenda e indevidamente incluídos, pelo sujeito passivo, no cálculo do incentivo fiscal concedido.

Neste aspecto, observo que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, através da Superintendência de Administração Tributária expediu a Instrução Normativa nº 27/09, que 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.

Nela está posto que, para cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, que é o objeto da presente autuação, deve-se efetuar os devidos ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa, o que não se observa nos autos.

Não estando presente, nos autos, qualquer papel de trabalho que indique efetivamente o valor que o autuado utilizou, mês a mês, de parcela do ICMS sujeita a dilação de prazo prevista pelo programa DESENVOLVE, na forma da Resolução nº 52/2003, que autorizou o defendente usufruir dos benefícios do programa, de conformidade com o Projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo do Programa, em contraposição ao valor que o agente Fiscal entende que deveria ser o correto, com isso apontando os valores do imposto recolhido a menor; vejo, também, na forma do inc. IV, “a” do RPAF/BA, caracterizada nulidade do lançamento por falta de certeza da infração cometida.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em tela.

Foi interposto Recurso de Ofício.

Recebidos os autos, estes foram a mim atribuídos em 27/04/2020, e por considerá-los devidamente instruídos solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 23/06/2020, para julgamento.

VOTO

O Recurso de Ofício é cabível e adequado (art. 169, inciso I, alínea “a” do Decreto nº 7.629, de 9.7.1999 em sua atual redação – RPAF/99), por isso dele conheço.

A lide demanda avaliar se agiu com acerto a 4ª JF ao reconhecer a nulidade da ação fiscal, por inobservância dos requisitos formais para a constituição do crédito tributário, o que viabilizaria o exercício da defesa pelo Autuado e propiciaria a segurança na determinação do infrator e da infração (art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99).

Compulsando os autos, constato que tem total razão o órgão julgador de piso, pois os demonstrativos (fls. 07 a 197) se limitam a indicar quais seriam as mercadorias que não estariam

incluídas dentre as parcelas do DESENVOLVE, acostando notas fiscais, e a enunciar a totalização dos valores expurgados. Não há evidenciação mês a mês dos valores incluídos e os valores não incluídos dentre os benefícios do Programa, a explicitar mês a mês as parcelas recolhidas pelo Autuado e as parcelas que o Autuante entendeu devidas, de modo a viabilizar a perfeita indicação da acusação e propiciar o exercício do contraditório e da ampla defesa.

O déficit na enunciação é ainda maior devido ao fato, como bem anunciado pelo órgão julgador de primeiro grau, da ausência de demonstrativos ou comprovações do erro cometido pelo defendente, o que integra os motivos do ato administrativo de lançamento. Limitou-se a relacionar no demonstrativo de fls. 7/10 as operações de saídas dos produtos, que entende ter sido adquiridos de terceiros para revenda e indevidamente incluídos, pelo sujeito passivo, no cálculo do incentivo fiscal concedido.

Saliento, enfim, que em recente julgamento esta 2ª CJF julgou insubsistente a ação fiscal que encontrara divergência no valor do ICMS a recolher no âmbito do DESENVOLVE também por não aplicar a Instrução Normativa nº 27/09 – naquele caso concreto, por não se observar a constância de duas Resoluções concessivas em favor do autuado, não sendo observado o disposto nos arts. 7.2 e seguintes da Instrução Normativa. Naquele caso concreto, julgou-se insubsistente a Infração porque o Insigne Conselheiro Relator, Dr. Marcelo Mattedi e Silva, constatou que, refeitos os cálculos, tributo algum havia a recolher, aplicando, portanto, o disposto no art. 155, parágrafo único do RPAF/99. Refiro-me ao Acórdão CJF nº 0069-12/20, j. em 16/03/2020.

Diante do exposto, sou pelo conhecimento do Recurso de Ofício para lhe NEGAR PROVIMENTO, mantendo a decisão de primeiro grau, que julgou NULO o Auto de Infração. Penso, ademais, que deva ser instada a INFAZ de origem a avaliar a oportunidade de renovação da ação fiscal, a salvo de falhas, observado o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **298620.0008/18-3**, lavrado contra **MOTECH DO BRASIL INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS LTDA**. Recomenda-se que a INFAZ de origem a avaliar a oportunidade de renovação da ação fiscal, a salvo de falhas, observado o prazo decadencial.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de junho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS