

A. I. Nº - 269194.0007/19-6
AUTUADO - CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS BELITARDO BARBOSA DE CARVALHO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.10.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0127-05/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. a) ENTRADA DE BEM DO ATIVO IMOBILIZADO. APROPRIAÇÃO DE VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. Infração 1. **b)** VALOR DE ORIGEM NO ERRO DO CÁLCULO DA PROPORÇÃO DA OPERAÇÃO TRIBUTADA EM RELAÇÃO AO TOTAL LEVADAS AO CIAP. Infração 2. Itens 01 e 02 parcialmente subsistentes. Excluídas das cobranças os valores erroneamente calculados pela fiscalização. Revisão processada na fase de informação fiscal. **c)** VALOR DE ORIGEM EM LANÇAMENTO NO CIAP PARA ITENS CONSIDERADOS COMO MATERIAL DE USO E CONSUMO E NÃO BENS DO ATIVO FIXO. Infração 3, reconhecida pelo contribuinte. **2. RECOLHIMENTO A MENOS. a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. Infração 4 reconhecida. **b)** USO INDEVIDO DE BENEFÍCIO E/OU INCENTIVO FISCAL OU FINANCEIRO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO FUNDO DE COMBATE E ERRADICAÇÃO À POBREZA. Infração 5 totalmente elidida. Excluídas das cobranças as operações cujo CFOP não integram o benefício fiscal do DESENVOLVE – combustíveis consumidos no processo de industrialização de pneumáticos e baixa de estoque de produtos inservíveis para comercialização. **3. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. ENTRADAS DE MERCADORIAS OU SERVIÇO. Infração 6** reconhecida pelo sujeito passivo. Não acolhidas as preliminares de nulidades suscitadas na inicial. Indeferidos os pedidos defensivos de remessa dos autos para a realização de diligência e de redução ou exclusão das multas pecuniárias. Homologação necessária dos valores recolhidos pelo contribuinte após o lançamento. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/09/2019, é composto de 06 (seis) imputações, que totalizaram a cifra de R\$138.410,11, conforme detalhamento abaixo:

Infração 01 (01.03.12) – Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, com origem em erro de transposição do valor lançado no CIAP para livro de apuração do ICMS, nos meses de janeiro a junho e dezembro de 2018. Valor exigido: R\$55.788,32 – Multa de 60% - Aplicação no art. 42, II, “f”;

Infração 02 (01.03.12) – Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, com origem em erro de cálculo da proporção das operações tributadas em relação ao total de operações

levadas em conta pelo contribuinte no CIAP, nos meses de janeiro, junho a dezembro de 2018. Valor exigido: R\$39.543,79 – Multa de 60% - Aplicação no art. 42, II, “f”;

Infração 03 (07.02.02) – Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, com origem em lançamento no CIAP de crédito fiscal relativo a itens considerados por esta auditoria como material de uso e consumo e não bens para o ativo fixo, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Valor exigido: R\$25.394,29 – Multa de 60% - Aplicação no art. 42, II, “f”;

Infração 04 (03.02.05) – Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas referente à saídas em transferência interestadual de produtos de fabricação própria cujos valores unitários são inferiores aos valores unitários de seus respectivos custos de transferência compostos por matéria-prima, material secundário, acondicionamento e mão de obra, nos meses de fevereiro a maio, agosto, setembro e dezembro de 2018. Valor exigido: R\$6.487,75 – Multa de 60% - Aplicação no art. 42, II, “a”;

Infração 05 (03.02.18) – Recolhimento a menor do ICMS em razão do uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, no qual houve recolhimento a menor do fundo de pobreza - FECEP em razão da autuada ter calculado a parcela incentivada do desenvolve em valor menor ao feito pela auditoria, no mês de agosto de 2018. Valor exigido: R\$10.302,04 – Multa de 60% - Aplicação no art. 42, II, “f”;

Infração 06 (16.01.06) – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2018. Valor exigido: R\$893,92 - Aplicação no art. 42, IX.

Juntados aos autos pela fiscalização: Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos; intimações para apresentação de arquivos magnéticos – EFD; Demonstrativos e Anexos contendo a Apuração dos valores lançados nas infrações 01 a 06 (docs. fl. 08 a 32), mídia digital (fl. 35) e Termo de Saneamento do PAF (fls. 33-34).

Cientificado do lançamento em 25/09/2019, ingressa o contribuinte com defesa nessa instância administrativa, em petição subscrita por advogados, peça processual juntada entre as fls. 57 a 95 (instrumento de representação às fls. 98/104).

Discorreu inicialmente ser a empresa autuada pessoa jurídica de direito privado que exerce atividade principal de fabricação de pneumáticos e de câmaras de ar (Doc. 01), cujo registro no Código e Descrição da Atividade Econômica Principal (CNAE) encontra-se sob o nº 22.11-1-00 e, assim, em razão de suas atividades, sujeita-se ao pagamento de ICMS, submetendo-se às regras estabelecidas no Regulamento de ICMS do Estado da Bahia (RICMS/BA, Decreto nº 13.780/12).

Verificou que de fato ocorreram alguns equívocos na apuração do imposto relativo a algumas operações, de forma que reconheceu a procedência parcial dos itens 01 e 02 e total dos itens 03, 04 e 06 do Auto de Infração, procedendo ao pagamento das cobranças incontroversas. Informa que efetuou o pagamento no valor de R\$82.442,83, montante que abrange o reconhecimento parcial das infrações 01 e 02, e integral das infrações 03, 04 e 06. Requer que essas cobranças sejam extintas nos termos do art. 156, I do CTN - (Doc. 03).

A irresignação defensiva está centrada em parte dos valores lançados nos itens 01 e 02 e na totalidade da infração 5. Verificando a descrição das infrações 1, 2 e 5, o autuado afirmou estarem ausentes do lançamento fiscal elementos que esclareçam de forma evidente as supostas infrações cometidas, bem como legislação aplicável que fundamente o que foi alegado pela Administração Tributária. Não consta da autuação qualquer esclarecimento ou detalhamento que demonstrem os supostos erros cometidos.

Observou que nos “Demonstrativos de Débito”, anexados ao Auto de infração não há a clara discriminação dos supostos erros cometidos, existindo apenas o lançamento dos valores que estariam equivocados, porém, a Fiscalização não esclareceu em que consistem os erros e os motivos pelos quais a apuração do contribuinte estaria equivocada, gerando as cobranças lançadas.

No tocante ao item 05, por exemplo, afirmou que não constam as razões pelas quais a fiscalização entendeu que a parcela incentivada do DESENVOLVE estaria inferior e, conseqüentemente menor também estaria o recolhimento do FECEP (FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA). Considerando que se trata de acusação fiscal que aponta erro no cálculo do Saldo Devedor do ICMS incentivado pelo DESENVOLVE, torna-se imprescindível a indicação da norma que dispõe sobre a sistemática de cálculo a ser adotada pelo contribuinte na apuração desse saldo que por ora é tida por violada.

Explicou que a referida sistemática consiste em ajustes sobre o saldo devedor a ser realizado no final do período de apuração, expurgando valores de débitos e créditos de operações não vinculadas aos investimentos constantes no projeto aprovado no âmbito do DESENVOLVE, cuja metodologia de cálculo está prevista na Instrução Normativa-SAT nº 27/09.

Ainda em relação ao item 05 do lançamento, sustenta ser patente a ilegalidade da acusação fiscal, pois, o expurgo dos créditos tomados nas aquisições/entradas realizadas pela autuada foi realizado na forma prevista na Instrução Normativa-SAT nº 27/09, que considera essas operações como “*não vinculadas ao projeto aprovado no DESENVOLVE*”, não havendo que se falar em recolhimento a menor.

Asseverou que o relatório que fundamenta os motivos da glosa dos créditos fiscais e das correspondentes cobranças do imposto é peça indispensável do processo administrativo, e deve conter todas as informações necessárias à ampla e irrestrita defesa do contribuinte, sobretudo, reitera a defesa, a descrição detalhada e precisa das supostas infrações cometidas e os motivos justificadores das exigências fiscais. Ademais o direito não se compadece com motivos ocultos ou implícitos, devendo os atos administrativos ser sempre transparentes e motivados. E o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato, legais e de direito de seus atos, a fim de implementar o seu controle de legalidade. Portanto, nesse contexto, o auto de infração ora impugnado não é válido, tornando-o nulo, nos termos do art. 18, IV, “a” do Decreto nº 7.629/99.

Pontuou ainda que além da norma do art. 93, IX da CF/88, que estabelece que todas as decisões/autuações fiscais devem ser fundamentadas sob pena de nulidade, o dever de motivar no âmbito da administração pública também está inserida nos artigos 2º e 50, da Lei nº 9.784/99, os quais preveem que os atos administrativos deverão ser motivados quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses ou decidam recursos, viabilizando o direito de ampla e irrestrita defesa constitucionalmente garantido aos contribuintes (CF, art. 5º, LV), sob pena de seu cerceamento.

Sobre essa temática reproduziu diversos julgados proferidos pelas cortes administrativas, com destaque para os seguintes acórdãos: (CC-MG, Acórdão 23.366/19/1ª, Relator Conselheiro Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior, DE 06/09/2019; CARF, Acórdão nº 3002-000.305, j. 11/07/2018); (CARF, Acórdão: 1002-000.569, Relator: AILTON NEVES DA SILVA, DO: 05/02/2019; CARF, Acórdão nº 3201-004.178, Relator LAERCIO ULIANA JR, DO 29/10/2018).

Reitera o pedido de nulificação do ato de lançamento que, no caso concreto, teria violado diversos dispositivos legais e constitucionais, dentre eles os artigos 5º, inciso II; 37 e 150, inciso I da CF/88, e artigos 97 e 142, do CTN, assim como o artigo 18, inciso IV, alínea “a” do Decreto nº 7.629/99.

Passa em seguida a examinar o mérito relacionado às cobranças lançadas nas infrações 1 e 2.

No item 01 do Auto de infração, esclarece que a autuada está sendo compelida ao pagamento de R\$55.788,32 e no item 02, o valor de R\$39.543,79. Ambas cobranças totalizam o montante de R\$95.332,11 e, decorrem de informações extraídas da escrituração do livro ‘Controle de Crédito de

ICMS do Ativo Permanente' (CIAP). Esclarece que do total autuado, R\$45.665,25 não são devidos, remanescendo a quantia de R\$49.666,86, já devidamente quitada pela autuada (Doc. 03).

Analisando essas cobranças, a defesa afirmou ter detectado duas situações distintas (i) em relação aos lançamentos de 01, 06 e 12/2018, houve de fato um equívoco cometido, porém o cálculo fiscal contém erros que acarretaram uma cobrança indevida, (ii) em relação aos lançamentos de 02, 03, 04 e 05/2018, a cobrança é indevida e decorre de declaração equivocada no SPED.

Passou a detalhar as situações acima expostas:

Lançamentos de 01, 06 e 12/2018 – afirma que houve de fato um equívoco cometido pela autuada, pois, no tocante à participação das saídas tributadas em relação às saídas totais, informou índice superior ao correto. Ainda, em 12/2018, a autuada cometeu também um equívoco no SPED, gerando uma diferença indevida. Esclarece que, apesar dos equívocos em sua escrituração, verificou que os cálculos apresentados pela fiscalização no auto de infração também contém erros, gerando uma diferença, a maior, de R\$45.665,25, montante que deve ser cancelado. Basicamente, o erro fiscal decorreu da soma equivocada de alguns CFOPs. Apresentou Resumo com a composição dos valores autuados e os corretos e, na sequência, a apuração mês a mês, evidenciando, as diferenças entre o valor realmente devido, daquele exigido no Auto de infração (Doc. 04). Memória de Cálculo nas fls. 66 a 73.

Lançamentos de 02, 03, 04 e 05/2018 – ressaltou a defendente que a cobrança nesses meses é indevida porque decorrente de erro existente nas informações lançadas pela autuada no SPED. Informação incorreta no registro G110 do SPED Fiscal, dos meses fevereiro, março, abril e maio de 2018. Resumo das informações declaradas e as corretas, onde é possível evidenciar que o erro se deu no tocante aos campos 6, 7, 8 e 9, do registro G110. Detalhou a memória do SPED correto e incorreto – fls. 73-74.

Salienta que do cruzamento das informações constantes de sua apuração (Doc. 05) com as informações do SPED, identifica-se que a empresa autuada lançou valores equivocados, que acarretaram a majoração inapropriada da base de cálculo do crédito do ICMS informado no período.

Sustentou que a existência de erros formais não pode servir de base para lançamento tributário, por absoluta ausência de fato gerador e, assim, violação ao princípio da legalidade.

Pede que seja aplicado ao caso concreto o princípio da verdade material devido à impossibilidade de erro formal servir como fundamento para cobrança de tributos. Assinala que, uma vez comprovada a existência de equívocos nos registros do SPED, os quais não correspondem à realidade da apuração do ICMS, conclui-se que a autuação fiscal, neste ponto, é ilegítima porque fundamentada em erro.

Frisa também que o mero erro no preenchimento de declarações não tem o condão de tolher direitos dos contribuintes, nem tampouco pode justificar a cobrança de tributo comprovadamente indevido.

Reproduziu as disposições do 147, § 2º do CTN, visando dar sustentação ao argumento de que a fiscalização deve se pautar no princípio da verdade material. Fez menção também às regras contidas nos artigos 29 e 32, do Decreto nº 70.235/1972, e no art. 2º, da Lei nº 9.784/1999, que tratam do Processo Administrativo no âmbito federal.

Reafirmou que com o arsenal legislativo que regulamenta a relação fisco-contribuinte impõe que o princípio da verdade material deve subsidiar o processo administrativo, devendo a autoridade fiscal buscar a realidade dos fatos evitando-se exigências indevidas. Ressaltou ainda que a verdade material decorre do próprio princípio da legalidade, na medida em que está centrado na busca da realidade dos fatos.

Referenciou decisões administrativas que afastam cobranças que partiram de apuração do imposto com base em erro de fato, contidas nos acórdãos: *CARF, Acórdão 2202005.177, de 07/05/2019*,

Relator RICARDO CHIAVEGATTO DE LIMA; CARF, Acórdão 1301-003.610, Relator Fernando Brasil de Oliveira Pinto, DO 07/01/2019; CARF, Acórdão 1301-003.432, Relatora AMELIA WAKAKO MORISHITA YAMAMOTO, DO 14/11/2018).

Passou mais à frente a discorrer acerca da cobrança lançada na infração 5, para sustentar que os valores lançados no Auto de Infração não procedem.

Salientou que a fiscalização ao examinar o mês de agosto/2018, desconsiderou no lançamento fiscal variáveis que afetam essa cobrança, envolvendo: (i) estorno de créditos no total de R\$375.707,77 e (ii) retorno de sucata no valor de R\$956,70 e (iii) doação de sucata no valor de R\$0,54, conforme detalhado na documentação anexa.

Passou na sequência a detalhar a situação posta a exame.

Salientou que a empresa autuada, situada no município de Camaçari/BA, através da Resolução nº 52/2004, renovada pela Resolução nº 153/2011 (Doc. 06), foi habilitada no DESENVOLVE, passando a fruir das referidas benesses fiscais, vez que atende a todos os requisitos estabelecidos previamente no Acordo de Intenções, firmado com o Estado da Bahia (Doc. 07).

Asseverou que a IN-SAT nº 27/2009 complementa o arcabouço de normas previstas na regulamentação do programa DESENVOLVE, descendo a minúcias que, por razões óbvias, não estão previstas na Lei nº 9.780/01 que trata do programa e de suas regras gerais. O “Item 1 do referido normativo”, emitido pela própria Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, não deixa margem para dúvidas, de que seu objetivo e finalidade é o de angariar as regras específicas para o cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo.

Argumentou que toda problemática que envolve o cálculo e a cobrança das parcelas do DESENVOLVE (incentivada e não incentivada) tem origem no expurgo do crédito das operações de aquisição de combustíveis consumidos no processo de industrialização, mais especificadamente, o gás natural.

Conforme se compreende da Instrução Normativa-SAT nº 27/2009 há uma sistemática de adições e exclusões para o cálculo do Saldo Devedor do ICMS do DESENVOLVE que deve ser observada pelo contribuinte e pelo fisco. Tal norma indica, expressamente, quais débitos e créditos devem ser ajustados no cômputo do saldo devedor de ICMS, com base na seguinte fórmula:

$$SDPI = SAM - DNVP + CNVP, \text{ sendo:}$$

- (i) *SDPI*: saldo devedor passível de incentivo;
- (ii) *SAM*: saldo apurado no mês;
- (iii) *DNVP*: débitos fiscais não vinculados e
- (iv) *CNVP*: créditos fiscais não vinculados.

Os débitos de produtos não vinculados ao processo produtivo (objeto do projeto aprovado no momento da habilitação no DESENVOLVE), bem como os créditos das aquisições/entradas não vinculadas, devem ser excluídos do saldo devedor, sendo exatamente a operação e cálculo que a autuada realizou, pois, adicionou no cômputo do Saldo Devedor do ICMS, os créditos das aquisições de combustíveis/gás natural (CFOP nº 1653). Esse é o ponto que gera a divergência no cálculo.

A fiscalização, por sua vez, entendeu que a empresa autuada teria realizado pagamento a menor de ICMS, em razão de ter expurgado, ou seja, retirado do cômputo do Saldo Devedor do ICMS do DESENVOLVE, créditos de produtos consumidos no seu processo produtivo. Assim, consequentemente, no seu entendimento a FECEP teria sido recolhida a menor porque este tem por base o saldo do DESENVOLVE a pagar.

Apresentou a diferença aritmética relacionada ao cálculo realizado pela autuada, comparativamente àquele que a fiscalização entendeu ser o correto – detalhamento às fls. 81 a 83.

Observou que nos cálculos apresentados pela fiscalização, as aquisições/entradas de gás natural (CFOP 1653), no valor de R\$248.522,03, seriam vinculadas ao processo de industrialização dos

produtos beneficiados pelo DESENVOLVE, de modo que os efeitos do crédito anterior, não poderiam ser anulados pela sua adição, como fez a autuada, o que resultou em maior Saldo Devedor de ICMS para o DESENVOLVE. Entretanto, considerando que a parcela não incentivada do Saldo Devedor de ICMS a recolher é resultado da diferença entre esse montante e a parcela incentivada para o DESENVOLVE (*a qual corresponde aos 90% desse saldo*), quanto maior esse Saldo Devedor, menor será a parcela não incentivada, de modo que os recolhimentos realizados pela autuada foram considerados insuficientes.

De acordo com o entendimento da Auditoria, o total de ICMS incentivado corresponderia a R\$12.090.121,37, enquanto o correto é R\$11.975.653,71, gerando uma diferença de ICMS a maior de R\$114.467,65, e um recolhimento a menor no Desenvolve de R\$11.446,77.

Esclareceu que no cálculo do ICMS relativo às operações incentivadas, não se pode levar em conta os créditos relativos às operações com o CFOP 1.653. Isso porque, o próprio Estado da Bahia, por meio da IN-SAT nº 27/2009, trouxe a listagem de CFOPs que considera NÃO VINCULADOS À OPERAÇÃO incentivada, o que se verifica no item 2.2.20, o que por si só, evidencia o equívoco na interpretação realizada pela fiscalização e a ilegalidade da cobrança.

Portanto, o CFOP 1653 (gás natural) não está no rol de exceção, enquadrando-se, pois, na regra geral de operações “não vinculadas ao projeto aprovado”. Por tal razão, não poderia a fiscalização descaracterizar essas compras, classificando-as como aquisições destinadas à industrialização, para fins de 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. A regra do item 2.2 em conjunto com o item 2.2.20 diz, claramente, que os créditos decorrentes do CFOP 1653, para fins de apuração do DESENVOLVE são considerados não vinculados ao projeto aprovado (CNVP). Não há exceções para esta disposição expressa em relação ao citado CFOP.

Discorreu a defesa que qualquer interpretação contrária a este entendimento é irregular e ilegal, pois, não decorre da necessária vinculação do ato administrativo ao arcabouço de regras vigentes, transgredindo as disposições da Instrução Normativa/SAT nº 27/2009.

Assim, considerando que a parcela não incentivada é resultado da diferença entre o Saldo Devedor para o DESENVOLVE e aquele apurado no mês, certamente quanto maior for o Saldo Devedor para o programa, menor será aquela parcela. O efeito de adicionar os créditos dessas aquisições/entradas ao Saldo Devedor do ICMS do DESENVOLVE, implica anular o crédito tomado de ICMS decorrente dessas operações, o que resulta na apuração de montante devedor maior, uma vez que o crédito anterior diminui o “*quantum*” devido, ao passo que acrescê-lo no total, por óbvio, aumenta o débito total apurado na mesma porção.

Em relação à parcela de ICMS diferido, disse que a autuada apurou valor maior que a Fiscalização, porém, quanto à parcela não incentivada (*ICMS a recolher*), ao contrário, apurou montante a menor. A suposta divergência está justamente na classificação das receitas relativas à aquisição de gás. Contudo, para chegar ao resultado mais acima apresentado, a DEFENDENTE respeitou, *ipsis litteris*, o disposto na Instrução Normativa-SAT nº 27/2009, até mesmo porque, por se tratar de norma que implica benefício fiscal, sua interpretação não poderia deixar de ser “literal”, nos exatos termos do artigo 111 do CTN/66, não cabendo aumentar ou minimizar seu alcance por mera discricionariedade e conveniência da Administração Pública.

Assim, a exigência da diferença do FECEP em razão do suposto erro no cálculo do DESENVOLVE também não procede e deve ser cancelada.

Trouxe a exame decisões administrativas relacionadas à interpretação dos benefícios fiscais, sobretudo as originárias do CONSEF/BA e do STJ: *Acórdão 3ª Jf nº 0033-03/09 ORIGEM – IFEP, DAT/SUL INTERNET - 02/10/2009 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0247-11/09*) e do STJ (*REsp 1.539.005/DF, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 23/11/18*).

Fez menção às disposições do art. 111 do CTN, norma que protege tanto a Fazenda Pública quanto os Contribuintes, sobre interpretações extensivas e não expressas, das normas que concedem

benefícios fiscais, isso tudo para evitar, de um lado, a fruição indevida daquele benefício e, por outro, a ação fiscal que prejudique os direitos dos contribuintes.

Assinalou que, com base interpretação literal da referida Instrução Normativa SAT nº 27/2009, o próprio Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF/BA: AI 20790.0003/12-1, 23/10/2012; AI 206886.300/16-9, 19/12/2016; AI 281082.0024/12-0, 25/11/2016) manteve a cobrança de ICMS de contribuintes que não observaram, inclusive os CFOPs referenciados naquela norma.

Frisou ainda que no presente caso, sequer há vestígio de dolo, fraude ou simulação, de modo que a dilação do prazo para pagamento do ICMS, conforme previsto no DESENVOLVE, não tem motivação para ser afastada. Por oportuno, ressaltou em complemento que o referido benefício fiscal somente seria afastado se descumprido algum requisito estabelecido no projeto aprovado para habilitação no referido programa, o que não ocorreu no presente caso.

Nesse sentido, reitera a ilegalidade da acusação fiscal, vez que os expurgos dos créditos tomados nas aquisições/entradas do CFOP 1653 (gás natural) foram realizados conforme expressamente determinado na Instrução Normativa-SAT nº 27/2009, que considera essas operações como não vinculadas ao projeto aprovado no DESENVOLVE. Consequentemente ilegítima a cobrança da diferença supostamente existente no pagamento do FECEP, devendo ser cancelado neste ponto o presente auto de infração.

Discorreu na sequência acerca de valores que foram desconsiderados pela fiscalização em desconformidade com as disposições da Instrução Normativa-SAT nº 27/2009, todos eles relacionados a estornos de débitos não vinculados ao projeto conforme valores apresentados na documentação anexa (Doc. 08), síntese na tabela abaixo:

<i>Nota Fiscal</i>	<i>CFOP</i>	<i>Descrição</i>	<i>Valor (R\$)</i>
172570	5910	Doação de Sucata	0,54
174488	5927	Baixa de Estoque/Inventário	155.786,86
174871	5927	Baixa de Estoque/Inventário	44.085,20
175063	5927	Baixa de Estoque/Inventário	310,86
175064	5927	Baixa de Estoque/Inventário	171.872,62
175072	5927	Baixa de Estoque/Inventário	138,42
175111	5927	Baixa de Estoque/Inventário	802,96
175112	5927	Baixa de Estoque/Inventário	2.710,85
<i>Total</i>			<i>375.708,31</i>

Destacou a defesa que os valores/operações sob CFOP 5927, no importe de R\$375.707,77 se referem aos estornos de créditos de ICMS por Baixa de Inventário, que não compõem o cálculo do DESENVOLVE, conforme expressamente previsto na Instrução Normativa nº 27/2009, nos itens 2.1 e 2.1.23. Da mesma forma, não integram o cálculo (i) a venda de sucata, com retorno no mesmo período (R\$956,70) e doação de sucata (R\$0,54), ambas sem vínculo ao projeto.

Todos esses valores foram desconsiderados pela fiscalização na apuração dos créditos e débitos não vinculados ao projeto, gerando as seguintes diferenças (i) Débitos Fiscais não Vinculados ao Projeto: (- 376.665,01) no cálculo da fiscalização, e (ii) Créditos Fiscais não Vinculados ao Projeto (- 956,70) no cálculo da fiscalização.

Diante disso, diz ser necessário que a fiscalização proceda à revisão do imposto apurado na infração 5, de modo a adequar os valores de débitos e créditos não vinculados ao projeto, o que, consequentemente, resultará no cancelamento da autuação.

Em razões subsidiárias a defesa sustenta que a multa patamar de 60% do valor do imposto lançado possui nítida feição cobrança de natureza confiscatória, incorrendo em violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estando ainda em desconformidade com texto da Constituição Federal - **Art. 150**. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] IV - utilizar tributo com efeito de confisco).*

Transcreveu decisões originárias do STF sobre essa temática: (ADi-MC nº 1075. Relator Ministro Celso

de Mello. DJ 24/11/2006) que estende a proibição constitucional do confisco às multas fiscais e decisões do STF e STJ quando se aplica multas no patamar de 20% (STF, RE 582461, SP 3959485100, Relator Ministro Gilmar Mendes, Data de Julgamento 18/05/2011, Data de Publicação 18/08/2011; STJ – REsp 1629785 PE 2016/0258427-5, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Publicação: DJ 02/10/2017).

Pede o cancelamento ou redução da multa aplicada em patamares condizentes com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, nos termos do que impõe a Constituição Federal e legislação tributária, bem como entendimento do E. STF.

Ao final pede pela conversão do feito de diligência em relação: (i) erros contidos no SPED (ii) divergência na interpretação das normas que regulamentam o DESENVOLVE; (iii) erro no cálculo realizado no demonstrativo fiscal e que devem ser ajustados para cancelar os valores apurados incorretamente.

Finalizou a peça de defesa formulando os seguintes pedidos:

- a) *EXTINGUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO, considerando principal, juros e respectiva multa, em razão do pagamento, nos termos do art. 156, I, do CTN, relativamente aos seguintes itens:*
 - (i) *Item 01 (parcial) no valor principal de R\$ 17.309,82;*
 - (ii) *Item 02 (parcial) no valor principal de R\$ 32.357,04;*
 - (iii) *Item 03 (integral) no valor principal de R\$ 25.394,29;*
 - (iv) *Item 04 (integral) no valor principal de R\$ 6.487,75;*
 - (v) *Item 06 (integral) no valor principal de R\$ 893,93;*
- b) *no mérito ANULAR/CANCELAMENTO INTEGRALMENTE a autuação (PRINCIPAL, MULTA E JUROS), seja porque (i) ausente a devida motivação e fundamentação do auto de infração, o que acarreta sua nulidade; (ii) ou porque improcedente a cobrança, baseada em erros de declaração (SPED) e em interpretação equivocada sobre a aplicação e cálculo do DESENVOLVE;*
- c) *caso hipoteticamente não seja cancelada a autuação, requer a CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIAS para que:*
 - (i) *no tocante aos itens 01 e 02 do AI, a Ilma. Fiscalização proceda à retificação do demonstrativo fiscal, o qual, conforme exposto, contém erros de cálculo, gerando uma cobrança maior que a devida, de modo a proceder o cancelamento do excedente;*
 - (ii) *no tocante à alegação de erro no cálculo do DESENVOLVE (item 05), para que possa ser avaliado o efeito financeiro postergatório do quanto supostamente teria deixado de ser pago entre o evento à vista (10%) e o parcelado (90%) considerando-se os descontos os quais a autuada teve direito por pagar, antecipadamente, o montante parcelado e, assim, a ausência de prejuízo ao erário;*
- d) *por mero argumento, na remota hipótese de manutenção da exigência fiscal, a DEFENDENTE ainda requer a REDUÇÃO DO PERCENTUAL APLICADO A TÍTULO DE MULTA no presente caso, tendo em vista seu caráter CONFISCATÓRIO, para patamares que observem os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, conforme prevê a Constituição Federal e o entendimento do Supremo Tribunal Federal.*

Protestou pela juntada posterior de documentos que se façam indispensáveis à comprovação de sua defesa, bem como requer a realização de diligências fiscais/perícias junto ao estabelecimento da autuada, a fim de que seja constatada a veracidade de suas alegações.

Prestada informação pelo autuante, peça processual juntada entre as fls. 243 a 252.

A – Quanto às preliminares de nulidade suscitadas pela defesa: A fiscalização rebateu as questões levantadas pela defesa considerando que se encontravam à disposição dos envolvidos neste processo administrativo fiscal todos os elementos necessários à elucidação dos fatos e direito envolvidos, a saber:

- 1) As infrações estão definidas em seus textos bases conforme consta nas folhas 1 a 3 deste PAF, presentes não somente a descrição das infrações como também enquadramento legal e multa aplicada;

- 2) A autuada, além de não ter aparentemente observado o enquadramento legal e multa aplicada no corpo da descrição das infrações parece também não ter percebido que, ao final do texto descritivo de todas elas fazem-se menção ao ÍNDICE DO PAF, que aponta a folha 10 para a infração 1, folhas 11 a 14 para a infração 2 e folhas 29 a 31 para a infração 5, além, naturalmente, do CD com diversas informações virtuais. Além disso, parece também não ter visto que a descrição da infração 1 não é composta apenas do texto “*Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação*”, conforme ilustrado em seu ponto 9, mas também de “*Esse valor superior teve origem em erro de transposição do valor lançado no CIAP para livro de apuração do ICMS. Ver em anexo ÍNDICE DO PAF*”.
- 3) Percebe-se de forma cristalina nos anexos retro citados para as três infrações - que existem todas as informações necessárias à elucidação das infrações, tais como individualização do estabelecimento, período da apuração, valores de crédito lançado pela empresa, o que deveria ter sido lançado (feito pela auditoria) e as diferenças autuadas. Particularmente para a infração 5 de como se enquadra o projeto incentivado no Decreto DESENVOLVE nº 8205/2002, demonstrativo exaustivo dos débitos e créditos totais e os não vinculados ao projeto incentivado, além da forma de cálculo do incentivo de maneira clara e didática, tendo inclusive conceituações dos principais elementos;
- 4) Autuada ainda teve a oportunidade de conhecer os fatos relativos à infração 5 preliminarmente a esta autuação, visto que foi comunicada através de e-mail desde o dia 08/09/19 às 15:51 hs sobre todos os indícios que levaram a essa autuação.

Salientou que não vê qualquer traço de ilegalidade que enseje o descabido pedido de nulidade deste auto de infração por parte da autuada, visto que, conforme acima esclarecido, trouxe elementos necessários e suficientes ao regular prosseguimento da instrução processual.

Ressaltou que a autuada em comportamento contraditório requer na peça de defesa a declaração de nulidade do auto de infração por supostas ausências de liquidez, certeza e motivação, entretanto aponta em outros tópicos (especificamente para a infração 5) que a fiscalização adotara a sistemática de ajustes sobre o saldo devedor cuja metodologia estivera presente na IN-SAT nº 27/09.

Sustenta que não houve qualquer prejuízo à manifestação defensiva, até porque foi ofertada a defesa de mérito, inexistindo qualquer cerceamento no tocante aos atos defensivos. Acrescentou que, ainda mais contraditório é o pedido de nulidade do auto de infração, quando se reconhece a procedência total das infrações 3, 4 e 6 e parcial das infrações 1 e 2.

No que se refere ao mérito **das cobranças relacionadas às infrações 1 e 2**, discorreu serem plausíveis os argumentos apresentados pela impugnante para essas duas ocorrências.

Detalhou que nos meses de fevereiro a maio de 2018 houve realmente um equívoco nos lançamentos no SPED dos valores relativos ao total de operações de saídas e de saídas tributadas desfigurando o percentual a aplicar sobre o crédito devido às entradas de bens para o ativo fixo. Os novos valores apontados pela defendente passam a espelhar a realidade de suas operações. E para o mês de janeiro e junho a dezembro de 2018 houve algumas pequenas distorções nos cálculos efetuados pelo sistema de fiscalização gerando cobrança por crédito indevido majorada.

Salienta que após refazer algumas operações aritméticas percebeu que os percentuais apontados pela autuada estão mais próximos à realidade dos fatos e em acordo com as exigências contidas na Instrução Normativa nº 53/13.

Manifestou sua concordância com os valores expostos pela defendente em demonstrativo acostado a este PAF - folha 66 ou seja, com o valor devido de R\$49.666,86. Pugnou pela Procedência Parcial das infrações 1 e 2.

Infração 5 - Informou que este item está correlacionado ao Auto de Infração nº 2691940008192, cujas duas infrações tratam do recolhimento a menor da parcela não incentivada (código de

receita 0806) do DESENVOLVE e, particularmente, ao pagamento a menor da parcela antecipada (código de receita 2167), relativamente ao mês de agosto de 2018.

Esclareceu que contribuinte é beneficiário do programa de incentivo fiscal conhecido como DESENVOLVE e como tal, faz jus, entre outros direitos que regem a matéria, no Decreto nº 8205/2002, Instrução Normativa nº 27/09 e Resoluções nºs 52/04 e 153/11, ao benefício de dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, aprovado pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I (90%), anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Explicou que o saldo devedor obtido em função deste incentivo é denominado de SDPI - saldo devedor passível de incentivo, conforme instrução normativa 27 de 2009, de acordo com a seguinte formulação matemática:

SDPI = SAM - DNVP + CNVP, onde:

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

SAM = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado;

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado.

O contribuinte precisa calcular mensalmente os valores deste saldo e verificar se há saldo devedor incentivado, conforme fora efetuado pela autuada.

Inicia-se o mecanismo de cálculo pelo SAM, que corresponde ao somatório do total mensal de débitos, inclusive o relativo à diferença de alíquotas e outros débitos lançados no livro de apuração de ICMS, subtraído do total mensal de créditos, incluindo-se outros créditos do livro de apuração. Nestes totais incluem-se os que estão vinculados ao projeto aprovado e também os que não estão.

A partir do SAM, abate-se o DNVP e soma-se o CNVP, chegando-se ao SDPI. Ou seja, obtém-se o saldo referente apenas aos valores vinculados ao projeto incentivado.

Caso o SDPI apresente valor negativo, não haveria ICMS incentivado e o contribuinte pagaria apenas o valor do saldo devedor (total de débitos - total de créditos).

Sendo positivo, abater do SDPI o valor da parcela fixa (piso) e obter a parcela excedente.

Como este contribuinte, em face da tabela anexa ao regulamento do Desenvolve, tem direito a 90% de incentivo, aplica-se este percentual à parcela excedente e encontra-se o valor do ICMS incentivado (dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses).

Para o ICMS dilatado (parcela incentivada), caso o beneficiário queira, poderá quitá-lo com pagamento de 10% de seu valor. Este valor é o que se chama de parcela antecipada.

O valor que corresponde a 10% (parcela não incentivada) deve também ser paga pelo contribuinte.

A diferença positiva entre DNVP e CNVP também deverá ser paga, já que corresponde à parte não vinculada ao projeto que não está incluída no SDPI.

Assim, destaca que a cada apuração mensal com valores positivos da parcela excedente, o contribuinte deverá pagar com código de receita 0806 as seguintes parcelas: piso + parcela não incentivada + diferença positiva entre DNVP e CNVP.

Caso queira, poderá pagar também 10% sobre a parcela incentivada com código de receita 2167.

Essa é a sistemática para os pagamentos das parcelas referentes ao benefício DESENVOLVE.

Em face da linha de defesa da autuada neste particular, percebe-se que o que ela contesta (diferença entre seus cálculos e os da fiscalização) diz respeito a i) estorno de crédito de R\$375.707,77; ii) retorno de sucata de R\$956,70; iii) doação de sucata de R\$0,54 e iv) compra de combustíveis (CFOP 1653) no valor de R\$248.522,03.

Ressalta que todo o argumento até aqui exposto foi direcionado ao recolhimento a menor do fundo estadual de combate e erradicação da pobreza (FECEP), cujo código de receita de ICMS é 2037. Essa realidade diz respeito apenas ao mês de agosto de 2018. Afirma que houve recolhimento a menor desse fundo, conforme pode ser visto às folhas 29 a 31 do PAF. O valor devido do FECEP corresponde a 10% do valor do desconto (ICMS incentivado - parcela paga antecipadamente (CR 2167)) do ICMS obtido na data da liquidação antecipada da parcela do imposto cujo prazo tenha sido dilatado, conforme Decreto nº 16.970 que regulamenta a Lei nº 13.564, ambos em vigência partir de 2016.

Analisando pormenorizadamente as diferenças de cálculo entre a defesa e o encontrado pela fiscalização, foram apresentadas as seguintes explicações pelo autuante:

i) estorno de crédito de R\$375.707,77: Trata-se de material – “pneus scrapados” - produzido no processo industrial, mas de alguma forma fora de especificação e por esse motivo sofre baixa de estoque. Entende a fiscalização que é produto que, a despeito de sofrer essa perda de estoque, é inerente ao processo produtivo.

Esse mesmo tratamento foi dado pela fiscalização a estas mesmas baixas de estoque no auto de infração 2691940008192, que, caso fosse adotado o entendimento da defesa, os valores devidos relativos ao ICMS não incentivado seriam muito maiores.

ii) retorno de sucata de R\$956,70: Aparentemente houve equívoco do contribuinte quanto a esses retornos de sucata, visto terem sido lançados pela fiscalização como crédito **não** vinculado ao projeto incentivado às folhas 30v e 31 do PAF

iii) doação de sucata de R\$0,54: Aparentemente houve outro equívoco por parte da impugnante, visto ter sido lançado como débito **não** vinculado ao projeto incentivado. Ver folha 30 f/v do PAF.

iv) compra de combustíveis (CFOP 1653) no valor de R\$248.522,03: Este código fiscal de operações está associado às compras de combustíveis ou lubrificantes a serem consumidos em processo de industrialização de outros produtos, na produção rural, na prestação de serviços ou por usuário final.

Aduz a autuada que o próprio Estado da Bahia por meio da Instrução Normativa nº 27/09 teria trazido uma lista de CFOPs que considerou como não vinculados à operação incentivada e que, em relação às aquisições de combustíveis e lubrificantes, haveria previsão no item 2.2.20 da Instrução Normativa acima citada.

Transcreveu o dispositivo da Instrução Normativa nº 27/09:

2.2. Os créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (CNVP) são os decorrentes das seguintes operações:

2.2.20. Entradas de combustíveis, derivados ou não de petróleo e lubrificantes 1.650 e 2.650, exceto as classificadas nos subitens 1.651, 2.651 (compra de combustível ou lubrificante para industrialização subsequente) e 1.658, 2.658 (transferência de combustível e lubrificante para industrialização);

Disse o autuante que conforme leitura desse dispositivo, de forma isolada, pode ser entendido numa análise perfunctória que as aquisições de combustíveis e lubrificantes - mesmo aqueles que são consumidos no processo produtivo (insumos), destinados à “queima” nos fornos da planta industrial da autuada com o fito de gerar calor suficiente a seu processo produtivo - não seriam uma exceção ao disposto no item 2.2.20, sendo ao final das contas um crédito não vinculado ao projeto incentivado.

Esse entendimento, no entanto, não pode prosperar visto que o dispositivo mais importante da IN retrocitada, seu dispositivo cabeça, traz os pilares que norteiam todo o texto normativo decorrente. É o de nº 1, que diz:

O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições,

RESOLVE

1 - Para cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS a recolher passível de incentivo pelo Programa de

Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o contribuinte deverá efetuar ajustes sobre o saldo devedor do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa.

Além desse dispositivo, o art-3, caput, do decreto que regulamenta a aplicação do desenvolve - decreto 8205/2002 - estabelece que:

SEÇÃO II

DA DILAÇÃO DE PRAZO

Art. 3º O Conselho Deliberativo do DESENVOLVE poderá conceder dilação de prazo de até 72 (setenta e dois) meses para o pagamento de até 90% (noventa por cento) do saldo devedor mensal do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo

Da análise desses dispositivos resta clara a ideia de que o que deve ser expurgado do cálculo para obter-se o SDPI são os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa, ou seja, devem ser subtraídos os valores dos DNVP e somados os do CNVP.

O que deve ser somado, então é o valor relativo aos créditos não vinculados ao projeto incentivado, apenas esses.

Só que as aquisições de combustíveis feitas pela autuada, cujo lançamento foi feito através do CFOP 1653, estão evidentemente vinculadas ao projeto incentivado. O combustível é usado nos fornos como um insumo, pois gera calor para o processo produtivo. A empresa autuada utiliza quase (apenas sobre 1,5%, que é usado no refeitório) a totalidade do crédito fiscal destacado nas notas fiscais de entradas com este CFOP.

Apesar de não haver menção expressa como uma exceção no dispositivo 2.2.20, as compras de combustíveis - insumo do processo produtivo - lançadas como CFOP 1653 não devem compor o montante dos CNVP, já que estão sem sombra de dúvidas vinculadas ao projeto incentivado.

Descabem quanto a esta parte da contestação as razões de defesa.

Para os argumentos defensivos da **inaplicabilidade da multa ser confiscatória** – a questão foi deixada para ser examinada pelo Conselho de Fazenda (CONSEF).

Pede o autuante que a cobrança lançada na Infração 5 seja integralmente mantida, sem qualquer redução de valores.

Em nova manifestação nos autos, o contribuinte, às fls. 263 a 265, expressa a sua concordância com a revisão dos valores que compõem as infrações 1 e 2, restando demonstrada a improcedência do valor de R\$45.665,25, remanescendo a quantia reconhecida de R\$49.666,86.

Quanto aos argumentos expostos pela auditoria para a manutenção da infração 5, a defesa reiterou as razões já expostas na inicial defensiva, inclusive pedindo que o feito seja convertido em diligência para melhor apuração dos fatos.

Mais uma vez, em razões subsidiárias, requereu a defesa o cancelamento ou ao menos a redução das multas lançadas considerando o efeito confiscatório dessas cobranças. Novo informativo fiscal prestado pelo autuante, às fls. 267 a 269, para apenas reiterar as razões já expostas na última informação fiscal.

O presente PAF foi distribuído para esta 5ª JJF, a cargo desta relatoria. Em despacho exarado à fl. 273 dos autos, após avaliação dos elementos existentes neste processo, concluí que o mesmo se encontra em condições de ser inserido na pauta de julgamento. Apresento na sequência o meu voto.

Na assentada de julgamento ocorrida em 31/08/2021 a defesa apresentou memoriais que serão posteriormente anexados aos autos.

Novos memoriais foram apresentados nas sessões de julgamento ocorridas nos dias 09/09/21 e

14/09/21, contendo explicações adicionais acerca das razões expostas na peça defensiva relativamente à cobrança lançada na Infração 05. Essas peças processuais elaboradas pela defesa serão apensadas ao PAF pela Secretária desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

Este é o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir ICMS, no importe principal de **R\$138.410,11**, contendo 06 (seis) ocorrências, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Incumbe a esta relatoria enfrentar inicialmente as preliminares de nulidade suscitadas na peça defensiva, centradas na tese de que a exigência fiscal foi estabelecida sem a exibição dos elementos básicos configuradores da infração, com ausência de discriminação dos supostos erros cometidos, inclusive sem a explicitação dos motivos que conduziram a Auditoria a proceder a glosa dos créditos fiscais, implicando em cerceamento ao direito de defesa e em ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal. Nestas circunstâncias, segundo a defesa, o ato de lançamento fiscal teria incorrido em violação a diversos dispositivos constitucionais e legais, com destaque para os art. 5º, inc. II, arts. 37 e 150, inc. I da Constituição de 1988 e arts. 97 e 142 do Código Tributário Nacional (CTN).

Ao nosso ver, o processo administrativo fiscal em exame, sob o aspecto formal, encontra-se revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF (Decreto nº 7.629/99), tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo evidenciadas de acordo com demonstrativos que integram o Auto de Infração, contendo o detalhamento dos valores apurados que foram posteriormente revisados pela fiscalização na fase de informação fiscal.

Houve ainda a indicação correta da razão social, do endereço e dos demais dados relacionados à qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação considerados infringidos. O contribuinte foi notificado de todas as etapas do procedimento fiscal, desde o início da auditoria até a conclusão dos trabalhos, com a lavratura do Auto de Infração, sendo-lhe assegurado o contraditório e o pleno exercício do direito de defesa.

Consta à fl. 08 dos autos, Termo de Intimação cientificando o contribuinte do Início de Ação Fiscal, atendendo ao que dispõe o art. 26 do RPAF/99. Lavrado na sequência o Termo de Início de Fiscalização (doc. fl. 09). Concluídos os trabalhos de Auditoria, foram gerados os Demonstrativos em que se respaldou a autoridade administrativa para a cobrança do imposto, peças estas ofertadas ao contribuinte, conforme atesta os Termos assinados pelo preposto da empresa (fls. 10 a 34). Livros, notas fiscais e demais elementos da escrita arrecadados no curso da Auditoria Fiscal e restituídos ao contribuinte, conforme Termo de Devolução (doc. a fl. 03), peça que foi também assinada pela representante legal da empresa.

A defesa foi apresentada tempestivamente, assinada por pessoa com legitimidade. Os argumentos defensivos foram apreciados pela fiscalização em seu informativo fiscal, de forma que volto aqui a reiterar, não ter identificado a existência de irregularidades processuais que possam ter comprometido o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Inexistem, portanto, no presente caso, vícios formais do procedimento fiscal enquadráveis nas disposições do art. 18 do RPAF, capazes de anular os atos praticados pela fiscalização. Não se vislumbra óbices a impedir que este órgão julgador ingresse no exame das questões de ordem substancial ventiladas na inicial defensiva.

Se correto ou não o lançamento sob o aspecto material, é questão que será apreciada no exame de mérito das 06 (seis) cobranças lançadas neste Auto de Infração.

Vamos a elas.

Houve o pedido defensivo de conversão do feito em diligência saneadora, visando melhor apuração dos fatos. De logo, indefiro o requerimento da defesa de produção de prova revisional, através de diligência ou perícia fiscal-contábil, pois vislumbro presentes nos autos elementos fático-probatórios suficientes para instrução e deliberação acerca das exigências fiscais, conforme será também melhor exposto mais à frente, no exame das 06 (seis) infrações. Aplica-se ao caso o previsto no art. 147, inc. I, alíneas “a” e “b”, do RPAF – Dec. nº 7.629/99.

O contribuinte, na peça de defesa, reconheceu ter cometido equívocos na apuração do imposto, no tocante à quantificação dos créditos fiscais, que resultou nas cobranças lançadas nos itens 01 e 02 do Auto de Infração. Estas duas ocorrências somam a quantia de **R\$95.332,11**, assim distribuídas:

Infração 01 – R\$55.788,32;

Infração 02 – R\$39.543,79.

Do total autuado, o sujeito passivo reconheceu ser devido **R\$49.665,86**. Contesta as cobranças lançadas no importe de **R\$45.665,25**. Os valores reconhecidos apresentam a distribuição por período mensal abaixo descrita, conforme dados extraídos da planilha encartada à fl. 136:

INFRAÇÃO 1 (crédito indevido decorrente de entradas de bens para o ativo imobilizado – erro de transposição dos valores lançados do livro CIAP para o livro Registro de Apuração do Imposto):

OCORRÊNCIA	VALOR LANÇADO	VALOR RECONHECIDO
Jan/18	3.063,98	3.063,98
Fev/18	15.340,98	3.691,02
Mar/18	15.638,63	3.478,57
Abr/18	6.211,10	3.487,03
Mai/18	15.532,93	3.588,52
Jun/18	0,31	0,31
Dez/18	0,39	0,39
Total	55.788,32	17.309,82

INFRAÇÃO 2 (crédito indevido decorrente de entradas de bens para o ativo imobilizado – apropriação em valores superiores aos permitidos pela legislação):

OCORRÊNCIA	VALOR LANÇADO	VALOR RECONHECIDO
Jun/18	887,32	256,13
Jul/18	5.101,74	4.081,08
Ago/18	5.053,81	4.043,05
Set/18	5.239,31	4.189,05
Out/18	5.800,10	5.220,09
Nov/18	6.347,61	5.193,59
Dez/18	5.160,87	4014,02
Jun/18	5.956,03	5.360,03
Total	39.546,79	32.357,04

Apontou a defesa, que os erros em que incorreu a Auditoria nas cobranças lançadas nos meses de janeiro, junho e dezembro de 2018, tem origem em totalizações equivocadas de alguns CFOPs, diferenças que foram detalhadas nas planilhas e documentos juntados às fls. 135 a 164 dos autos (docs. 03 e 04 da peça defensiva – fls. 135 a 164).

No que se refere às cobranças lançadas nos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2018, os erros decorreram de informações incorretas lançadas pelo contribuinte no seu SPED Fiscal, no registro G110, campos 6, 7, 8 e 9, configurando equívoco de preenchimento de informação inserida no âmbito das denominadas obrigações acessórias, que acarretou a majoração indevida da base de cálculo dos créditos fiscais declarados naqueles meses. Detalhamento dos lançamentos escriturais equivocados às fls. 165 a 173 dos autos (doc. 05 da peça defensiva).

Sustentou a defendente, que o mero erro formal no preenchimento da sua escrita não pode servir

de base a sustentar lançamento tributário, por inexistir nessas circunstâncias a ocorrência de fato gerador do imposto.

O autuante, na fase de informação fiscal, certificou que houve realmente cometimento de equívoco da parte do contribuinte nos lançamentos processados no seu SPED FISCAL, dos valores relativos ao total de operações (saídas totais e saídas tributadas), acarretando distorção no cálculo do percentual aplicável para a quantificação dos créditos de ICMS incidente sobre as entradas de bens para o ativo fixo, contabilizados no livro CIAP (Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente) da empresa.

Declarou, na sequência, que os novos valores apontados pela defesa passam a espelhar a realidade de suas operações. No mês de janeiro e junho a dezembro de 2018, houve algumas pequenas distorções nos cálculos efetuados pelo sistema de fiscalização gerando cobrança por crédito indevido de forma majorada. Salientou ainda que após refazer algumas operações aritméticas percebeu que os percentuais apontados pela autuada estão mais próximos à realidade dos fatos e em concordância com as exigências contidas na Instrução Normativa nº 53/2013.

Expressou serem corretos os valores expostos pela defendente no demonstrativo acostado a este PAF, à folha 66, que totaliza a quantia devida de R\$49.666,86, para as Infrações 01 e 02. Pugnou pela Procedência Parcial dessas cobranças.

As desconformidades apresentadas na apuração dos valores lançados nos itens 1 e 2 do Auto de Infração, são de natureza diversa e indicam equívocos cometidos pelo contribuinte nos lançamentos escriturais dos créditos fiscais, decorrentes da aquisição de bens para integrar o ativo fixo da empresa, concentradas basicamente em erros na transposição dos valores registrados no CIAP para o SPED Fiscal e no cálculo da proporção de operações tributadas em relação ao total das operações para efeito da quantificação dos créditos apropriáveis.

O contribuinte, às fls. 263 a 265, expressou a sua concordância com a revisão dos valores que compõem as infrações 1 e 2, restando demonstrada a improcedência do valor de R\$45.665,25, remanescendo a quantia reconhecida de R\$49.666,86 (planilha à fl. 136).

Pelas razões acima expostas, acolho os resultados apresentados na revisão promovida pelo autuante, na fase de informação fiscal, sendo que os valores residuais dessas duas ocorrências foram recolhidos pelo contribuinte, conforme atestam os documentos de arrecadação anexados aos autos (fls. 137 a 140 – doc. 03 da peça de defesa). Julgo PROCEDENTE EM PARTE as Infrações 01 e 02, devendo ser homologados os valores recolhidos pelo sujeito passivo.

No que se refere ao mérito das cobranças lançadas nas infrações 03, 04 e 06, o contribuinte, ainda na fase de defesa, reconheceu expressamente a procedência dos valores lançados pela fiscalização nestas três ocorrências. Caracterizada nessas cobranças a inexistência de lide. O sujeito passivo procedeu o pagamento integral dos valores lançados, conforme atesta os documentos de arrecadação estadual (DAEs) anexados entre as fls. 141 a 146 deste PAF.

Julgo PROCEDENTE as Infrações 03, 04 e 06, devendo ser homologados os valores recolhidos pela empresa autuada.

Passo doravante a decidir as questões suscitadas em torno da Infração 05, a única que foi integralmente contestada pela defesa.

Nesta ocorrência, o lançamento do ICMS recaiu sobre a parcela do imposto que foi recolhida a menor, no importe de **R\$10.302,04**, no mês de agosto de 2018, relacionada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP). A motivação do lançamento, se deu pelo fato, segundo a fiscalização, do contribuinte ter calculado a parcela incentivada pelo PROGRAMA DESENVOLVE, em valor inferior ao apurado na Auditoria Fiscal. Em decorrência, a parcela não incentivada do imposto foi quantificada e recolhida a menos, repercutindo no cálculo do FECEP.

Inicialmente, cabe observar, que na apuração do ICMS DESENVOLVE, benefício fiscal previsto na Lei nº 7.980/2001, regulamentada pelo Decreto nº 8.205/2002, o contribuinte adota dois

procedimentos sucessivos de escrituração. Primeiramente, apura o imposto devido no período mensal, na sua totalidade. Depois, na conformidade da Resolução concessiva do benefício, calcula o ICMS a ser dilatado ou postergado, efetuando os devidos ajustes para a quantificação do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo.

O saldo devedor mensal de ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE, apresenta a seguinte formulação matemática no item 2 da Instrução Normativa 27/2009:

SDPI = SAM - DNVP + CNVP, onde:

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

SAM = saldo apurado no mês (se devedor, entrará na fórmula com sinal positivo; se credor, entrará na fórmula com sinal negativo);

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado;

CNVP = créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado

Conforme disposição expressa contida no texto da I.N. 27/2009, deverão ser efetuados os ajustes no saldo devedor do ICMS encontrado ao final de cada período de apuração, através dos expurgos dos valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa. Para efeito destes ajustes, a referida Instrução Normativa especifica os débitos e créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado, detalhando cada operação pelo seu respectivo CFOP (Código Fiscal de Operações e Prestações).

No caso específico, o contribuinte autuado, que opera na atividade de fabricação de pneus e de outros produtos automotivos, é beneficiário do PROGRAMA DESENVOLVE, fazendo jus, entre outros direitos que regem a matéria no Decreto nº 8.205/2002, na Instrução Normativa nº 27/09 e nas Resoluções nºs 52/04 e 153/11, ao benefício de dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, aprovado pelo Conselho Deliberativo do PROGRAMA, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I (90%), anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

No que concerne ao valor lançado no item 05 do Auto de Infração, a divergência de entendimento entre o contribuinte e a fiscalização concentrou-se exatamente no cálculo das parcelas incentivadas e não incentivadas, a partir dos expurgos de créditos vinculados às operações de aquisição de gás natural, combustível consumido no processo de industrialização da empresa autuada, operações acobertadas por notas fiscais registradas com o CFOP 1653 (Compra de combustível ou lubrificante por consumidor ou usuário final).

Houve ainda, segundo a impugnante, desconsideração de outros valores que geraram divergência de cálculo das parcelas incentivadas e não incentivadas, envolvendo: (i) estornos de créditos no total de R\$375.707,77, decorrente de baixa de estoque/inventário de pneus que foram considerados impróprios para a revenda (CFOP 5927); (ii) retorno de sucata no valor de R\$956,70; e, (iii) doação de sucata no valor de R\$0,54. Essas diferenças têm por lastro probatório a documentação anexada entre as fls. 220 a 232 (doc. 08 da peça defensiva).

Reproduzimos abaixo o quadro resumo das operações envolvendo a baixa dos estoques impróprios para a revenda e as operações com sucatas:

Nota Fiscal 172570 - CFOP 5910 - Descrição: Doação de Sucata - Valor: R\$ 0,54;

Nota Fiscal 174488 - CFOP 5927 - Descrição: Baixa de Estoque/Inventário - Valor: R\$ 155.786,86;

Nota Fiscal 174871- CFOP 5927 - Descrição: Baixa de Estoque/Inventário - Valor R\$ 44.085,20;

Nota Fiscal 175063 - CFOP 5927 - Descrição: Baixa de Estoque/Inventário - Valor R\$ 310,86;

Nota Fiscal 175064 - CFOP 5927 - Descrição: Baixa de Estoque/Inventário - Valor: R\$ 171.872,62;

Nota Fiscal 175072 - CFOP 5927 - Descrição: Baixa de Estoque/Inventário - Valor: R\$ 138,42;

Nota Fiscal 175111 - CFOP 5927 - Descrição: Baixa de Estoque/Inventário - Valor: R\$ 802,96;

Nota Fiscal 175112 - CFOP 5927 - Descrição: Baixa de Estoque/Inventário - Valor: R\$ 2.710,85.

Total: R\$ 375.708,31

Analisando pormenorizadamente as diferenças de cálculo processadas pela defesa, e o encontrado pela fiscalização, foram apresentadas as seguintes explicações, pelo autuante, na fase

de informação fiscal, no sentido da manutenção das cobranças que integram a Infração 05:

I) estorno de crédito de R\$375.707,77: trata-se de material – “pneus scrapados” - produzidos no processo industrial, mas que de alguma forma foram considerados fora das especificações e por esse motivo sofreram baixa de estoque. Entendeu a fiscalização que esses produtos a despeito de terem sofrido perdas e serem excluídos do estoque destinado à venda, são originários do processo produtivo da empresa e devem ser considerados no computo do saldo incentivado;

II) retorno de sucata de R\$956,70: afirmou que deve ter havido equívoco do contribuinte quanto a esses retornos de sucata, visto terem sido lançados pela fiscalização como crédito **não** vinculado ao projeto incentivado, conforme detalhado às folhas 30 verso e 31 do PAF

III) doação de sucata de R\$0,54: afirmou neste que caso também houve equívoco por parte da impugnante, visto ter sido lançado como débito **não** vinculado ao projeto incentivado, conforme detalhado à folha 30 verso do PAF.

IV) compra de combustíveis (CFOP 1653) no valor de R\$248.522,03: este código fiscal de operações está associado às compras de combustíveis ou lubrificantes a serem consumidos em processo de industrialização de outros produtos, na produção rural, na prestação de serviços ou por usuário final. Disse o autuante que conforme leitura dispositivo contido no item 2.2.20 da IN 27/2009, de forma isolada, pode ser entendido numa análise superficial da questão que as aquisições de combustíveis e lubrificantes - mesmo aqueles que são consumidos no processo produtivo, na condição de insumos, destinados à “queima” nos fornos da planta industrial da autuada, com o fito de gerar calor suficiente a seu processo produtivo - não seriam uma exceção ao disposto no referido dispositivo, sendo, ao final das contas, um crédito não vinculado ao projeto incentivado.

Sustentou o autuante, que as aquisições de combustíveis pela autuada, cujo lançamento foi feito através do CFOP 1653, estão evidentemente vinculados ao projeto incentivado. O combustível é usado nos fornos como um insumo, pois gera calor para o processo produtivo. A empresa autuada utiliza quase a totalidade dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais de entradas com este CFOP, sendo utilizado apenas 1,5% em outras atividades alheias à produção, a exemplo do gás consumido no refeitório da unidade fabril. Que apesar de não haver menção expressa como uma exceção no dispositivo 2.2.20 da IN 27/2009, as compras de gás natural - insumo do processo produtivo da empresa, lançadas como CFOP 1653 - não devem compor o montante dos CNVP (CRÉDITOS NÃO VINCULADOS AO PROJETO), já que estão sem a menor dúvida vinculadas ao projeto incentivado.

Vejamos então como resolver as divergências interpretativas travadas entre a fiscalização e o contribuinte neste PAF.

No que concerne aos créditos pelas aquisições de gás natural, combustível utilizado no processo produtivo da empresa autuada, a questão há que ser resolvida a luz das disposições da Instrução Normativa 27/2009, visto que o legislador baiano optou em enumerar de forma taxativa, nessa norma do benefício fiscal, as operações que deveriam ser consideradas no âmbito dos débitos e créditos não vinculados ao projeto incentivado pelo DESENVOLVE. Aqui, conforme foi muito bem ressaltado pela defesa na sustentação oral, parece haver uma aparente antinomia entre o item 1 e o item 2.2.20 daquela Instrução Normativa. Por uma questão de princípio e adotando-se um raciocínio puramente lógico, todos os créditos fiscais que tivessem alguma relação com o processo produtivo, objeto do incentivo fiscal, deveriam ser enquadrados na condição de créditos vinculados ao projeto. Porém, não foi esta opção adotada pelo legislador da I.N. na medida em que a redação do item 2.2.20 não ressalvou expressamente, nas suas exceções, o CFOP 1653.

Vejamos então a redação do dispositivo acima referenciado:

2.2. Os créditos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (CNVP) são os decorrentes das seguintes operações:
(...)

2.2.20. Entradas de combustíveis, derivados ou não de petróleo e lubrificantes 1.650 e 2.650, exceto as classificadas nos subitens 1.651 e 2.651 (compras de combustível para industrialização subsequente) e 1.658 e 2.658 (transferência de combustível e lubrificante para industrialização);

As exceções referenciadas no dispositivo transcrito, dizem respeito às operações de entradas por compras ou transferências de combustíveis ou lubrificantes a serem utilizados em processo de industrialização do **próprio produto**. O caso em exame é diverso do previsto na excludente normativa, pois a maior parte do combustível adquirido é aplicado na fabricação de produto diverso – pneus para uso automotivo.

O texto normativo, neste caso, não comporta interpretação diversa do que nele está contido, especialmente por se tratar de norma que regula benefício fiscal, situação em que deve prevalecer a sua literalidade, não comportando inserções ou exclusões que não estejam expressamente contempladas na redação do dispositivo. Adota-se aqui a linha hermenêutica traçada no art. 111 do Código Tributário Nacional – interpretação literal do item 2.2.20 da I.N. 27/2009, razão pela qual, os créditos fiscais decorrentes da aquisição de combustíveis devem ser classificados no contexto dos créditos não vinculados ao projeto aprovado pelo Comitê Gestor do DESENVOLVE, em conformidade com o procedimento adotado pelo sujeito passivo.

No que concerne aos estornos de créditos por baixa de estoques, operações registradas sob o **CFOP 5920** (lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração), no valor de R\$375.707,77, a empresa trouxe aos autos, na forma de memoriais, apresentados na assentada de julgamento dos dias 09/09/2021: i) as cópias das notas fiscais e respectivos lançamentos contábeis dessas operações (doc. 01); ii) resumo e memória de cálculo do ICMS e do PIS/COFINS estornado (Doc. 02); iii) processo administrativo junto à Receita Federal do Brasil concerne às destruição das mercadorias baixadas do estoque (Doc. 03); iv) lançamento contábil da baixa dos estoques/inventário (doc. 04).

As operações de estorno em questão, foram tratadas pela auditoria fiscal conforme já citado linhas acima, como vinculadas ao projeto incentivado, por envolver descarte (destruição) de produtos (pneus para uso automotivo), gerados no processo fabril da empresa. O contribuinte, por sua vez, tratou essas operações foram do âmbito do DESENVOLVE, desvinculadas, portanto, da sistemática de apuração desse benefício fiscal.

Mais uma vez, impõe-se resolver a divergência interpretativa entre o fisco e o contribuinte, à luz das disposições da Instrução Normativa nº 27/2009.

Na legislação do DESENVOLVE, os estornos dos créditos registrados sob o CFOP 5927, são tratados como débitos fiscais não vinculados ao projeto, conforme expressamente previsto no item 2.1.23, com a seguinte redação:

2.1. Os débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado (DNVP) são os decorrentes das seguintes operações:

(...)

*2.1.23. **Outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços - 5.900** e 6.900 (exceto dos códigos 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado)*

O texto da IN-SAT 27/2009, determina de forma expressa que as operações registradas sob o CFOP 5900, se referem a débitos fiscais (estornos de crédito), não vinculados ao projeto. Considerando que o CFOP 5927 não está entre as exceções (5910, 5911, 6910 e 6911), não pairam dúvidas para esta relatoria que as referidas operações devem ser tratadas como débitos não vinculados. E isso ocorre, conforme foi corretamente pontuado pela defesa, justamente porque as mercadorias descartadas (como é o caso), não resultaram em produtos finais destinados à venda pelo estabelecimento empresarial, e, portanto, não atingiram objetivo estabelecido na norma do incentivo de gerar riqueza e renda dentro do Estado da Bahia. A inexistência de receitas nessas operações é o principal motivo a afastar a aplicação das regras do benefício do DESENVOLVE

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269194.0007/19-6**, lavrado contra **CONTINENTAL DO BRASIL PRODUTOS AUTOMOTIVOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$81.548,90**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$893,92**, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal já citado, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos pelo contribuinte.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR