

A.I. Nº - 207140.0008/19-0

AUTUADO - OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA

AUTUANTE - JAIR DA SILVA SANTOS

ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA

PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21/09/2021

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0131-01/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. PROGRAMA DESENVOLVE. USO INDEVIDO DO INCENTIVO. Lançamento apresentou demonstrativos com operações que não estão caracterizadas na descrição dos fatos. Infração cometida pelo autuado não foi determinada com segurança. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração em lide, lavrado em 18/12/2019, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$1.319.437,37, em razão de recolhimento a menos do ICMS por uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido (03.08.05), ocorrido nos meses de março, julho, setembro e outubro de 2016, e de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, agosto e outubro de 2018, acrescido de multa de 100%, prevista na alínea “j” do inciso IV do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuante acrescentou que o contribuinte deixou de excluir do saldo devedor passível do incentivo fiscal o valor do ICMS devido relativo às operações de saídas de mercadorias destinadas a empresa interdependente que foram, posteriormente, comercializadas em operações de exportação para o exterior.

O autuado apresentou defesa das fls. 71 a 91. Requeru a nulidade do auto de infração em razão de inexistir descrição clara e precisa dos fatos, por não ter sido apresentado demonstrativos das datas das infrações e com os valores específicos de cada suposta infração. Disse que o enquadramento legal também não permite identificar com precisão qual fato lhe foi imputado.

No mérito, supôs que a descrição dos fatos indica que o enquadramento correto seria o art. 3º, §§ 11 e 12 do Decreto nº 8.205/02, que dispõe sobre a não aplicação de dilação pelo Programa DESENVOLVE nas saídas internas destinadas a outro estabelecimento da mesma empresa ou para empresa interdependente para exportação.

Entretanto, destacou que os referidos parágrafos foram inseridos na legislação em julho de 2016 e o presente auto de infração possui exigência fiscal de março de 2016, antes mesmo de existir a legislação que estabelecia a restrição à aplicação do incentivo fiscal.

Ressaltou, que o Princípio da Anterioridade impõe que os efeitos da lei que institui ou aumenta tributo devem ocorrer apenas no ano seguinte ao da publicação da norma, inclusive no caso de majoração indireta. Asseverou, ainda, que a limitação ao benefício fiscal decorreu de ato infra legal, em afronta ao inciso II do art. 5º e ao inciso I do art. 150 da Constituição Federal e em ofensa ao princípio da legalidade.

Apesar das argumentações trazidas, o autuado afirmou que as operações de que trata este auto de infração não foram levadas em consideração para fins de cálculo da parcela incentivada do DESENVOLVE. Para tal comprovação, requereu a realização de diligência fiscal.

Reclamou que, apesar da imputação genérica e infundada, a multa aplicada foi desproporcional e confiscatória, em afronta ao inciso IV do art. 150 da Constituição Federal. Requeru o afastamento da multa porque não incorreu na conduta prevista no dispositivo consignado no auto de infração

ou a sua redução a percentual não superior a 20%.

Por fim, requereu que as intimações fossem enviadas para o seu patrono, indicado à fl. 91.

O autuante apresentou informação das fls. 112 a 118. Disse que a descrição dos fatos expõe a acusação de forma clara e concisa, imputando ao autuado a inclusão indevida no DESENVOLVE das operações de saídas para empresa interdependente com subsequente exportação. Quanto ao enquadramento da infração, explicou que o erro na sua indicação não implica em nulidade do auto de infração quando, pela descrição dos fatos, ficar evidente o enquadramento legal, conforme art. 19 do RPAF. Destacou que o autuado atacou o cerne da acusação fiscal de forma inequívoca em sua defesa.

Ressaltou que a apuração do mês de março de 2016 apenas identificou a redução do montante do imposto devido, em razão de uso indevido do incentivo fiscal, relativo a operações próprias, realizadas em desacordo com a legislação, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal. Ou seja, teria ocorrido simples erro na apuração e no consequente pagamento a menor do ICMS.

Quanto à redução do benefício por meio de um decreto, em violação ao Princípio da Legalidade, lembrou que a lei autoriza que o regulamento estabeleça critérios e condições para a fruição do programa (art. 8º da Lei nº 7.980/01).

Quanto à ofensa ao Princípio da Anterioridade, disse que o § 11 do art. 3º do Regulamento do DESENVOLVE não instituiu tributo novo ou aumentou tributo já existente, mas apenas limitou a fruição do benefício a determinadas operações.

Se manifestou contra a realização de diligência fiscal porque o autuado não fundamentou o seu pedido com objetividade. Alegou que o autuado não trouxe aos autos qualquer demonstração de erro no lançamento tributário que justificasse o pedido. Concluiu dizendo que a multa aplicada está prevista na Lei nº 7.014/96.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão realizada no dia 23/07/2020, julgou este auto de infração NULO em razão do autuante apresentar demonstrativos que não explicavam a apuração do imposto exigido, em razão de constarem meses no demonstrativo que não estavam sendo exigidos no auto e em razão de constarem meses no auto que não constavam no demonstrativo, conforme Acórdão JJF nº 0078-01/20.

Em decorrência do provimento do recurso de ofício que julgou nula a decisão de piso, por entender que “não há nulidade em relação a esta parte da autuação, em que a descrição da infração efetivamente reflete o motivo da exigência, qual seja o imposto recolhido a menor em razão da utilização do benefício nas aquisições de mercadorias posteriormente revendidas”, a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal retornou o presente processo à 1ª Junta de Julgamento Fiscal para novo julgamento, abordando o mérito da autuação, conforme Acórdão CJF nº 0049-12/21.

Esteve presente à sessão de julgamento o patrono do autuado, o Advogado Carlos Leonardo Brandão Maia, OAB/BA nº 31.353.

VOTO

O presente auto de infração, consiste na exigência de ICMS decorrente de uso indevido do incentivo fiscal do DESENVOLVE.

Rejeito o pedido de nulidade do auto de infração, em razão de suposta inexistência de descrição clara e precisa dos fatos. O autuante declara, na descrição dos fatos, o seguinte:

“Recolhimento a menor o ICMS em razão de uso indevido de incentivo fiscal – dilação de prazo para pagamento de ICMS – relativo às operações próprias, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, modificando as características essenciais da obrigação tributária principal, de modo a reduzir o montante do imposto devido, evitando, assim, o seu pagamento.

O contribuinte deixou de excluir do saldo devedor passível de incentivo fiscal o valor do ICMS devido relativo

às operações de saídas de mercadorias destinadas a empresa interdependente que foram, posteriormente, comercializadas em operações de exportação para o exterior.”

Dessa forma, a presente exigência decorre de inclusão indevida de débitos na apuração do saldo devedor passível de incentivo. Em complemento, o autuante explicou que esses débitos decorreram de operações de saídas para empresas interdependentes, com o objetivo posterior de exportação para o exterior, que não poderiam compor o saldo devedor passível de incentivo, e anexou o demonstrativo denominado “Infração 01 – Exportação Indireta” (fls. 33 e 34 e CD à fl. 65), explicitando as operações que se enquadravam na descrição dos fatos, e que motivaram a retificação da apuração do ICMS devido. Assim, não se sustenta a alegação do autuado de que não houve descrição clara e precisa dos fatos.

O autuado conduziu sua defesa, em relação ao mérito, no sentido de buscar afastar a exigência fiscal, em razão do não oferecimento à apuração do DESENVOLVE das saídas de que trata § 11 do art. 3º do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02. Alegou, inclusive, que os seus efeitos não poderiam retroagir a período anterior ao da sua publicação, ocorrido em 15/07/16, e que deveriam ter sido observados os princípios da anterioridade e da legalidade, para que o referido dispositivo pudesse surtir efeitos.

O autuante também conduziu sua informação fiscal no sentido de justificar a aplicação do disposto no § 11 do art. 3º do Regulamento do DESENVOLVE. Disse que há previsão legal para estabelecimento em regulamento, de condições restritivas para fruição do DESENVOLVE, conforme disposto no inciso III do art. 8º da Lei nº 7.980/01. Acrescentou que a inclusão do citado § 11, não implicou em instituição ou aumento de tributo, afastando a alegação de necessária observação do princípio da anterioridade para que se processasse a produção de efeitos. Quanto à exigência referente ao período anterior a julho de 2016, apenas atribuiu ao uso indevido do benefício, sem explicitar que tipo de operações deram causa à retificação da apuração.

O § 11 do art. 3º do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, estabelece o seguinte:

“§ 11º Não se aplicará a dilação de prazo do pagamento do saldo devedor do ICMS nas saídas internas de mercadorias destinadas a outro estabelecimento da mesma empresa ou para estabelecimento de empresa interdependente para comercialização quando a operação subsequente da mercadoria for uma exportação para o exterior.”

Assim, o § 11 do art. 3º do Regulamento do DESENVOLVE excluiu da apuração do DESENVOLVE as saídas de mercadorias produzidas no estabelecimento do beneficiário, quando dos destinos nele especificados. Por óbvio que a restrição jamais se aplicaria às saídas de mercadorias adquiridas de terceiros para comercialização, independentemente do destino, pois a apuração com base no Programa DESENVOLVE, somente se aplica às operações próprias, geradas em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo, que são voltados para a produção industrial.

Para embasar a reclamação de ofício, o autuante trouxe aos autos demonstrativos denominados “Auditoria Fiscal de Incentivo Fiscal – Programa DESENVOLVE”, onde refaz toda a apuração para confrontar o valor do ICMS apurado na ação fiscal, com o efetivamente recolhido pelo autuado, encontrando uma diferença consignada na linha denominada “Valor do ICMS a Recolher” (fls. 08 a 32 e CD à fl. 65).

Também trouxe aos autos um demonstrativo denominado “Infração 01 – Exportação Indireta”, onde apresenta o cálculo dos valores de débitos de ICMS que deveriam ser excluídos do DESENVOLVE, e que serviram de suporte para a elaboração dos demonstrativos denominados “Auditoria Fiscal de Incentivo Fiscal – Programa DESENVOLVE”. Nesses demonstrativos denominados “Infração 01 – Exportação Indireta”, o autuante apresenta tabelas por mercadoria, consignando a data da emissão da nota fiscal relativa à entrada da mercadoria no estabelecimento autuado, o número da nota fiscal de aquisição, o valor da mercadoria, a base de cálculo e o valor do ICMS destacado na operação. Na sequência, apresenta outra tabela com a mesma mercadoria, denominada “Revenda para

Exportação Indireta”, para consignar a data da saída subsequente da mesma mercadoria, o número da nota fiscal e o valor da operação.

Por fim, apresenta outra tabela denominada “Cálculo do Valor do Débito do ICMS a Excluir do DESENVOLVE”, onde promove a apuração do ICMS, considerando como preço unitário aquele consignado na nota fiscal que registrou a entrada da mercadoria no estabelecimento, e não o efetivamente consignado na nota fiscal de saída, como se aplicasse nas saídas para empresas interdependentes, a mesma base de cálculo aplicada quando se trata de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, estabelecida no § 7º do art. 17 da Lei nº 7.014/96.

Do exposto, concluo que as situações refletidas no demonstrativo denominado “Infração 01 – Exportação Indireta”, referente às saídas de mercadorias adquiridas de terceiros, que deu suporte para o refazimento da apuração do DESENVOLVE, conforme demonstrativos denominados “Auditoria Fiscal de Incentivo Fiscal – Programa DESENVOLVE”, não estão incluídas nas operações expressas na descrição dos fatos deste auto de infração, pois não foram saídas de mercadorias industrializadas no estabelecimento do autuado.

A revenda de mercadorias recebidas de terceiros com destino a uma empresa interdependente, para posterior exportação para o exterior, não está alcançada pela regra restritiva de aplicação do DESENVOLVE, inserida no § 11 do art. 3º do Regulamento do DESENVOLVE, pelo fato de não se constituir em mercadoria fabricada no estabelecimento do autuado. Aliás, não ficou caracterizada a ocorrência de qualquer operação que se enquadrasse na descrição dos fatos indicados em destaque no auto de infração. O que confirma, que o presente lançamento de ofício não foi capaz de determinar com segurança a infração cometida pelo autuado, pois associou as saídas restringidas no § 11 do art. 3º do Regulamento do DESENVOLVE, às saídas de mercadorias adquiridas de terceiros, destinadas para empresas interdependentes para posterior exportação.

A desconexão entre a acusação e os demonstrativos que lhe deram suporte resultou em cerceamento de defesa, pois confundiu o autuado, quanto ao direcionamento de sua defesa. A informação fiscal apresentada ratificou a dificuldade enfrentada pelo autuado, pois foi conduzida como se as saídas de mercadorias adquiridas de terceiros tivessem de ser excluídas da apuração do ICMS, com base no § 11 do art. 3º do Regulamento do DESENVOLVE, porque foram destinadas para empresa interdependente para uma exportação subsequente. A falta de definição das operações ocorridas antes de julho de 2016, em desacordo com a legislação do DESENVOLVE, e a imprecisão na definição da base de cálculo, adotando critério aplicável exclusivamente nas saídas destinadas a estabelecimentos da mesma empresa, aumentam os quesitos que justificam a caracterização da ocorrência de cerceamento de defesa.

Desse modo, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, recomendando um novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, destacando que na reapuração, não se atribua a base de cálculo estabelecida no § 7º do art. 17 da Lei nº 7.014/96, nas saídas indicadas nos demonstrativos denominados “Infração 01 – Exportação Indireta”, mas o valor efetivamente constante nos documentos fiscais de saída.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **207140.0008/19-0**, lavrado contra **OLEOQUÍMICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PRODUTOS QUÍMICOS LTDA.**

Esta Junta de julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR