

**PROCESSO** - A. I. Nº 232884.0010/19-2  
**RECORRENTE** - NORSÁ REFRIGERANTES S.A.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0236-04/21-VD  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 15/07/2022

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0135-12/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA NÃO SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. Refeitos os cálculos, conforme alegações defensivas, resultando no aumento do valor do débito. Mantido o valor exigido na ação fiscal. Afastadas as preliminares de nulidades. Rejeitado pedido de perícia. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão exarada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0236-04/21-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/07/2019, para exigir o pagamento de ICMS no valor histórico de R\$ 324.411,83, em decorrência da seguinte infração:

***Infração 01 - 03.08.04.** Recolheu a menor ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve, ocorrência constatada nos meses de julho e agosto de 2014.*

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória às fls. 35 a 58. Suscitou preliminar de nulidade quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal. Apresentou uma recomposição da sua apuração. Assim, requereu o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 85 a 87. Disse ser desnecessária a realização de diligência, pois foi revisado todo o trabalho na forma requerida pela Autuada, acatando TODOS os seus argumentos que foram comprovados. Disse que o mês de julho/14 foi onerado de R\$ 107.896,31 para R\$ 196.077,36 e agosto/14 de R\$ 216.515,52 para R\$ 340.794,83. Dada à decadência do exercício de 2014, não é possível a lavratura de auto de infração complementar para exigir a diferença apurada. Assim, requer a procedência da ação fiscal.

O sujeito passivo se manifestou às fls. 95 a 126 reiterando os argumentos defensivos relacionados aos pedidos de nulidade e no mérito diz que embora o autuante indique a revisão de todas as operações, verifica-se que os novos cálculos incorrem novamente em erros quanto aos débitos e créditos incentivados e não incentivados, o que pode ter levado à equivocada conclusão de majoração. Ratificou todos os termos da petição inicial acrescidos dos vícios ora apontados. E reiterou o pedido de realização de diligência e perícia e pediu a Nulidade/Improcedência do Auto de Infração.

O autuante designado a prestar a Informação Fiscal se pronunciou às fls.131 a 134 dizendo que todas as mercadorias indicadas pelo defendente foram retificadas. Rechaçou o pedido de realização de diligência e mantém a autuação.

O sujeito passivo mais uma vez se pronuncia, fls. 145 a 169, dizendo que na primeira Informação fiscal o autuante regularizou todas as operações devido ao equívoco ocorrido quanto as mercadorias com movimentação através dos CFOPs 1152, 2949, 5910 e 5949, entretanto, após as exclusões das operações realizadas sob o CFOP 5010 e 5949, computadas indevidamente como passíveis de incentivo concluiu pela majoração no mês de julho/2014 de R\$ 107.896,31 para R\$ 196.077,36 e no mês de agosto/2014 de R\$ 216.515,52 para R\$ 340.794,83, valores que deixou de autuar em virtude da decadência. Concluiu que o lançamento devidamente notificado ao sujeito

passivo não pode mais ser modificado pela Autoridade Administrativa, sobretudo para aumentar o valor exigido, sob pena de ferir o princípio da legalidade, da segurança jurídica e da ampla defesa.

O auditor responsável pela Informação Fiscal se manifestou à fl. 175 afirmando que todos os argumentos defensivos apresentados, apesar de não terem sido acompanhados de provas, foram objeto de apreciação e mantem todos os termos da Informação anterior.

Isto posto, o presente processo administrativo fiscal foi encaminhado para a 4ª Junta de Julgamento Fiscal. A referida JJF exarou decisão pela Procedência da autuação no valor de R\$ 324.411,83, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, a seguir transcrita:

“(.....)

*O presente Auto de infração versa sobre recolhimento a menos do ICMS devido pela apuração mensal tendo em vistas de erro na determinação do valor da parcela não sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve.*

*Preliminarmente, reclama o sujeito passivo que é nula a presente autuação, sob o argumento de que há incerteza no lançamento em tela quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da fiscalização, haja vista a falta de apresentação da Ordem de Serviço indicada no Auto de Infração, presumindo-se que o lançamento foi efetuado fora dos contornos legais para a conclusão da fiscalização.*

*De início destaco que a Ordem de Serviço é um controle administrativo, não sendo obrigatória a sua apresentação no momento da lavratura do Auto de Infração.*

*Por outro lado, vejo que o procedimento fiscal se iniciou em 28/06/2019, oportunidade em que o contribuinte foi intimado para apresentar os Livros e Documentos Fiscais conforme se verifica através da “INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS, com data de ciência na referida data, que atende ao inciso III do art. 26 do RPAF como elemento caracterizador do início da ação fiscal.*

*O Auto de Infração foi lavrado em 31/07/2019, portanto, decorridos 33(três) dias contados da data de início da ação fiscal. Assim, fica evidenciado que a conclusão do procedimento de fiscalização não ultrapassou o prazo de 90 dias contados a partir do início do procedimento fiscal ocorrido em 28/06/2019, conforme estabelecido no art. 28, § 1º do RPAF/BA, citado pelo sujeito passivo, que a seguir transcrevo:*

*“Art. 28. A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:*

*I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;*

*( ... )*

*§ 1º O procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso.”*

*Depois, ainda que houvesse esgotado o prazo para conclusão da fiscalização sem prorrogação desse prazo, isso não daria causa à nulidade dos autos; nessa hipótese, o sujeito passivo poderia exercer, sendo o caso, o seu direito à denúncia espontânea, nos termos do art. 28, § 1º do RPAF BA, aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629/1999.*

*Quanto a alegação defensiva de cerceamento do direito de defesa pela ausência da documentação pertinente as infrações, vejo que também não procede, posto que foram elaboradas, pelo Autuante, planilhas que contêm todas as informações necessárias para a demonstração das infrações, e as mesmas foram entregues ao autuado conforme está devidamente comprovado no “Recibo de Arquivos Eletrônicos” que se encontra apensado aos autos às fls. 30 e onde se pode verificar a certificação de sua entrega ao contribuinte conforme comprova a assinatura confirmando o recebimento pelo preposto da empresa, Sra. Paula Cristina Cerqueira Souza.*

*Assim é que o mesmo compareceu ao processo trazendo planilhas e documentos que ao seu entender elidiria as infrações, prova cabal de ter entendido o teor da autuação, não havendo que se falar em cerceamento ao direito de defesa, nem restrição ao exercício do contraditório por parte do sujeito passivo, ou insegurança quanto a acusação, razão pela qual rejeito esta preliminar de nulidade.*

*Alega ainda o Impugnante que não foram apresentados os documentos que respaldam a infração, ficando prejudicada a verificação dos valores apontados pela fiscalização, ou seja, a materialidade dos valores exigidos, cerceando o seu direito de defesa e o devido processo legal.*

*Tal argumento também não pode ser acatado pois todo o levantamento foi efetuado com base nas notas fiscais eletrônicas e na Escrituração Fiscal Digital - EFD, documentos gerados pela própria autuada, e como dito anteriormente a memória de cálculo da apuração do imposto encontra-se perfeitamente demonstrada nos*

*demonstrativos que respaldam o presente lançamento, os quais foram disponibilizados ao contribuinte.*

*Em relação ao argumento de que o Autuante teria considerado em seus cálculos para apuração do ICMS em função do Programa Desenvolve, produtos não incentivados como se incentivados fossem, verifico que o Autuante fez os referidos cálculos procedendo às exclusões suscitadas pela defesa.*

*Portanto, trata-se de incorreção no cálculo do imposto, e não da metodologia aplicada, incorreção esta perfeitamente sanável, conforme disposto no § 1º do 18 do RPAF/BA:*

*Art. 18. São nulos:*

*[...]*

*§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.*

*Ao autuado foi dada ciência do saneamento realizado, momento em que se manifestou.*

*Ressalto que o fato do autuante ter apurado valor superior de ICMS ao que foi lançado pelo fisco, ao contrário do que advoga o impugnante, não transmutou a natureza do crédito tributário exigido, o que me leva a não ver motivação, neste sentido, para ser acolhida a arguição de nulidade apresentada, quando da última manifestação do defendente.*

*Em relação à perícia requerida, informo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.*

*No mérito, constato que foram observadas as regras contidas da 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).*

*Assim é que assiste razão ao Autuante quanto ao cálculo do incentivo a partir dos CFOP's para determinação da parcela sujeita à dilação prevista no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia, portanto, não pode ser acatada a alegação da Impugnante de que o levantamento fiscal conteria erro na determinação da parcela incentivada por não relacionar produto a produto, operação a operação já que teria apurado a exação a partir dos CFOP's.*

*Ademais, observo que atendendo ao pedido formulado pelo Impugnante a fiscalização efetuou os ajustes relacionadas as operações impugnadas no que diz respeito aos CFOPs 1152, 2949, 5910 e 5949, por restar comprovado que a autuada recebe em transferência de suas filiais o mesmo produto industrializado na unidade autuada, sendo que o benefício concedido através da Portaria 69/2006 diz respeito apenas a linha de sua produção própria de refrigerantes, e equivocadamente a fiscalização computou essas movimentações na sua totalidade como vinculadas ao projeto, passível do benefício fiscal.*

*Também foi atendido o pleito de não considerar as operações de entradas e saídas da sua filial estabelecida no município de Vitória da Conquista como não vinculadas ao projeto.*

*Mesmo procedimento foi adotado em relação as entradas oriundas de outras unidades da Federação, como é o caso específico do refrigerante SCHWEPPES CITRUS LT 2X6, pois quando oriundo de outro Estado seu código é 316 e 317; e quando produzido no estabelecimento seu código é 1638, enquanto que no lançamento original foi considerada a produção dos estabelecimentos como única.*

*Dessa forma, foram acolhidas todas as operações indicadas pela autuada e elaborados novos demonstrativos anexados na mídia de fl.88, resultando na alteração do débito no mês de julho/14 de R\$ 107.896,31 para R\$ 196.077,36 e agosto/14 de R\$ 216.515,52 para R\$ 340.794,83.*

*O resultado apurado foi objeto de insurgência por parte do autuado, entretanto, como bem pontuou o fiscal estranho ao feito designado a prestar a Informação Fiscal todas às alegações constantes na inicial foram acatadas pela fiscalização, ou seja, foram segregadas como mercadoria adquirida para revenda as que recebeu em transferência, assim como as que adquiriu de terceiros para revenda, tanto nas entradas quanto nas saídas, e como vinculadas à operações incentivadas todas as mercadorias que a autuada tomou crédito fiscal nas entradas e não foram destinadas à revenda, seja por classificar como matéria prima, material secundário ou embalagens.*

*Concordo com o opinativo da autuante, pois caberia ao autuado apontar objetivamente os itens que estariam incluídos indevidamente nos mencionados demonstrativos elaborados pela fiscalização com as devidas justificativas e comprovações necessárias, e não reiterar os mesmos argumentos apresentados na inicial, que reitero já foram objeto de análise e devidas exclusões no levantamento inicial.*

*Dessa forma, como o autuado não apontou objetivamente qualquer equívoco porventura ainda existente nos levantamentos elaborados pela fiscalização, acolho os ajustes efetuados pelo fiscal autuante, devidamente demonstrado nas planilhas inseridas no CD de fl. 88.*

*No entanto, observo que foi apurado imposto a maior do que o autuado. Como neste momento não se pode alterar o valor do lançamento fiscal, o ICMS a ser exigido deve ser o lançado na ação fiscal.*

*No que diz respeito a alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciada por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99.*

*Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158, do RPAF/BA.*

*Em relação a pretensão do contribuinte de aplicar a decisão mais favorável ao contribuinte entendendo ser inaplicável, em razão de inexistir dúvidas em relação a matéria apreciada.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.*

Diante da decisão exarada pela 4ª JJF do Conselho de Fazenda Estadual, o sujeito passivo, inconformado com tal decisão de piso, interpôs, tempestivamente, o seguinte Recurso Voluntário através dos seus patronos advogados Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque, OAB/PE nº 25.108, o qual passo a relatar, em síntese.

De início, fez um breve relato sobre os fatos. Em seguida, começou a discorrer sobre o mérito.

Alegou improcedência da acusação fiscal em razão da utilização de critério não previsto no ato concessivo, o que incorre em erros de concepção.

Nessa esteira, afirmou que o autuante adotou procedimento equivocado, pois na autuação apresentou uma recomposição da apuração a partir dos CFOP's das operações e o benefício do Desenvolve foi concedido para produtos integrantes da linha de produção própria, o que não comporta produtos adquiridos em transferência de outras unidades com a finalidade de revenda.

Explicou que na primeira Informação Fiscal, o Autuante, confirmando a existência de equívocos quanto às mercadorias com movimentação através dos CFOP's 1152, 2949, 5910 e 5949, regularizou todas as operações quanto à vinculação ou não ao projeto. E, ao final, excluiu da base de cálculo do ICMS Desenvolve as operações realizadas sob CFOP 5910 e 5949, mas que tal fato resultou na majoração dos valores originalmente autuados para mês de julho/2014 de R\$ 107.896,31 para R\$ 196.077,36, e do mês agosto/2014 de R\$ 216.515,52 para R\$ 340.794,83. Valores que deixou de autuar em virtude de decadência.

Defendeu que os novos cálculos incorrem novamente em erro quanto aos débitos e créditos incentivados e não incentivados, o que pode ter levado à equivocada manutenção da autuação.

Disse que nova composição de cálculos, a qual foi utilizada pela Junta de Julgamento para manter o auto de infração, apresentou erros de concepção quanto à classificação das saídas e das entradas como incentivadas/não incentivadas, partindo dos mesmos equívocos incorridos na sua planilha original.

Citou o exemplo do mês de julho/2014, no qual o Autuante alocou nas entradas beneficiadas mercadorias que foram objeto de revenda, o que pode ter levado à errônea concepção de majoração da infração, como também o exemplo dos dados do CFOP 1.949, trazendo os valores indicados pelo autuante de produção e revenda.

Afirmou que para o CFOP em questão, constou um quantitativo maior de produtos não vinculados ao benefício (revenda), o que fez com que o Auditor considerasse produtos não incentivados como se incentivados fossem. Nesse passo trouxe uma lista com vários CFOP, número do produto e a descrição do produto.

Disse que o CFOP 2.101, cujos valores para produção (incentivado) e revenda (não incentivado) foram indicados na nova composição do auditor. Afirmo que o Autuante acaba por considerar produtos não vinculados ao incentivo (revenda), como se de produção fossem divergindo da movimentação real das operações.

Explicou que o mesmo aconteceu com as saídas para o período de julho/2014, onde o Autuante também se equivoca quanto às movimentações.

A título de exemplo, citou o CFOP nº 6.910. Disse que quanto a esse CFOP, um quantitativo maior de produtos vinculados ao benefício (produção), mas que foram considerados como não

vinculados a autuação (revenda). Nesse sentido, trouxe uma lista com a descrição dos produtos, CFOP e número do produto.

Asseverou que houve o mesmo no período de 08/2014, igualmente dotado de erros de concepção quanto às operações vinculadas e não vinculadas ao benefício. Arguiu que o quantitativo de mercadorias revendidas foi maior que aquele indicado pelo Autuante, o que fez com que o autuante considerasse um quantitativo maior de mercadorias vinculadas ao incentivo (produção).

Pontuou que isso aconteceu em todas as operações supostamente corrigidas pelo Autuante, onde se verifica graves erros de concepção sobre as operações vinculadas e não vinculadas ao incentivo, bem como que a metodologia utilizada foi equivocada, e não permitiu alcançar a correta definição da parcela incentivada a partir da movimentação por produto, e não por CFOP.

Arguiu que se deveria considerar os limites fixados na concessão do incentivo, ou seja, as saídas de refrigerantes de fabricação própria na unidade incentivada, não importando o CFOP, com suporte na Lei, pode o contribuinte, em substituição a verificação nota a nota, item a item consumido na produção, para fins de rateio dos créditos entre as apurações incentivadas e não incentivadas, distribuir os créditos a partir da proporção das saídas incentivadas em relação às saídas totais.

Defendeu que as informações prestadas pelo Auditor, em sua Informação Fiscal e ora aceitas pela Junta de Julgamento para manter o lançamento, não elidem a nulidade/improcedência do crédito tributário. Na verdade, confirmam o pleito da recorrente.

Em seguida, combateu a desproporcionalidade da multa de 60% aplicada. Arguiu (i) a ausência de comprovação de flagrante intuito de fraude a justificar a aplicação de multa em tela; e (ii) a exorbitância da penalidade aplicada, em violação ao princípio do não-confisco.

Disse que inexistindo o elemento subjetivo do tipo infracional, afasta-se a possibilidade de aplicação da multa, ou impõe-se sua exclusão, ou, quando menos, sua redução.

Afirmou que as multas aplicadas violam frontalmente o princípio da proporcionalidade e o princípio constitucional limitador do Poder de Tributar, qual seja, o do não-confisco, consagrado no art. 150, IV da Constituição Federal.

Nesse contexto, citou a decisão do e. Tribunal de Justiça de Pernambuco que reduziu a multa aplicada pelo Estado em patamares entre 20% e 30%, na Apelação Cível nº 316658-9. E entendimento semelhante do STF no RE 523471 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010.

Também citou a decisão do TJRN, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2006.005459-9, rel. Des. DILERMANDO MOTA, j. 27/07/2010.

Requeru o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%).

Defendeu que deveria ser levado em consideração também o benefício da dúvida. Argumentou que o art. 112 do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte.

Ante o exposto, requereu o reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido no Auto de Infração, diante da impropriedade da exigência fiscal.

Sucessivamente, pediu caso não seja acolhido o pedido anterior, que seja reduzida ou mesmo afastada a multa aplicada, em respeito ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

Requeru, ainda, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável à Recorrente (art. 112 do CTN).

Por fim, protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a juntada aos autos de documentos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Em seguida, os autos foram encaminhados a este Conselheiro Relator para dar prosseguimento a

análise e julgamento, o que ora passar a fazer no voto abaixo.

Registro a presença da advogada do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sra. Viviane Vale Oliveira, OAB/PE nº 18.598.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de desonerá-lo do pagamento do ICMS exigido no presente processo, o que ora passo a analisar e decidir.

O presente Auto de infração versa sobre recolhimento a menos do ICMS devido pela apuração mensal tendo em vista de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, conforme Demonstrativo de Débito do ICMS DESENVOLVE, parte integrante do Auto de Infração, com cópia e mídia entregue ao Contribuinte.

Enfrentando o pedido de nulidade arguido pela recorrente e já adentrando no mérito dos seus argumentos expostos, pois estão eles intrinsicamente ligados, diz ele de que a fiscalização havia utilizado critério não previsto no ato concessivo do benefício fiscal, incorrendo em erros de concepção, uma vez que a fiscalização, equivocadamente, apresentou uma recomposição de cálculo da apuração do imposto a partir dos CFOP’s das operações, não observando que o benefício foi concedido para produtos integrantes da linha de produção própria, não comportando, assim, produtos adquiridos em transferência de outras unidades com a finalidade de revenda (ainda que sejam idênticos aos produtos fabricados), como realizado. Afirmou ainda, que o cálculo do incentivo fiscal deve considerar os limites fixados na concessão do incentivo, não importando o CFOP. Em assim sendo e com suporte na Lei, pode o Contribuinte, em substituição a verificação nota a nota, item a item consumido na produção, para fins de rateio dos créditos entre as apurações incentivadas e não incentivadas, distribuir os créditos a partir da proporção das saídas incentivadas em relação às saídas totais.

Em que pese a discordância da empresa recorrente a respeito da metodologia aplicada para apuração do imposto, ela encontra-se em total harmonia e consonância com as determinações da Instrução Normativa nº 27/06. Esta IN ao dispor sobre a apuração do saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível do incentivo DESENVOLVE, determina que o cálculo deve ser feito através dos CFOPs, já que através deles identificam-se, com clareza, as operações objeto de dilação ou não do recolhimento do ICMS no Programa DESENVOLVE (linha de produção própria e revenda). Inclusive todo o saneamento realizado pelo autuante, diante dos argumentos apresentados pela empresa, teve por base, tal metodologia legal, não havendo motivação para se acatar o pleito do recorrente. Afora que não vejo como acatar o argumento de defesa de que a Lei (não nominada, porém devendo ser a de nº 7.980/2001 e Decreto nº 8.205/2002) faculta ao contribuinte, em substituição a verificação nota a nota, item a item consumida na produção, para fins de rateio dos créditos entre as apurações incentivadas e não incentivadas, distribuir os créditos a partir da proporção das saídas incentivadas em relação às saídas totais, objetivando o cálculo de apuração da parcela mensal do ICMS-DESENVOLVE. Este procedimento quem dispõe é a Instrução Normativa nº 27/05, como já explicitado acima.

Assim, a autuação pautou-se conforme dispõe o art. 142 do CTN, uma vez que foram devidamente observadas as determinações legais, discriminados os fatos geradores, a matéria tributável, o cálculo do imposto devido e os períodos cobrados, não havendo motivação em ser acatada a nulidade arguida, nem, tampouco, o inconformismo do recorrente a respeito do argumento ora discutido quando adentra ao mérito da autuação.

Além do acima exposto, disse a recorrente de que para julho e agosto de 2014 (ocorrências exigidas na presente autuação) para os CFOPs 1949, 2101 e 6910, o autuante alocou nas entradas beneficiadas, mercadorias que foram objeto de revenda e vice-versa, o que fez com que o auditor considerasse produtos não incentivados como se incentivado fossem.

Este seria argumento, a princípio, pertinente se não houvesse uma análise dos fatos acontecidos neste processo, que sinteticamente relato.

Analisando os argumentos apresentados inicialmente pela empresa, o autuante (fls. 85/87), de forma minuciosa, efetuou os ajustes relacionadas a todas as operações impugnadas no que diz respeito às transferências para comercialização, outras entradas de mercadorias ou prestação de serviço não especificado, remessa em bonificação, doação ou brinde e outras saídas de mercadorias ou prestação de serviço não especificado, que estavam incluídas nos CFOPs indicados pela empresa.

Também foi atendido o pleito de não considerar as operações de entradas e saídas da filial estabelecida no município de Vitória da Conquista como não vinculadas ao projeto, bem como as entradas oriundas de outras unidades da Federação, como é o caso específico do refrigerante SCHWEPPE CITRUS LT 2X6.

Após tal saneamento, foram elaborados novos demonstrativos anexados na mídia de fl.88, resultando na alteração do débito no mês de julho/14 de R\$ 107.896,31 para R\$ 196.077,36 e agosto/14 de R\$ 216.515,52 para R\$ 340.794,83.

A empresa insurgiu-se do resultado apresentado pelo autuante, trazendo sua insubordinação quando aos CFOPs 1949 (outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada), CFOP 2.101 (compra para industrialização) e 6910 (Remessa em bonificação, doação ou brinde) (fls. 95/126).

Fiscal estranho ao feito (fls. 131/135) observou que a insurgência do então impugnante não tinha pertinência já que todos os CFOPs apresentados nesta nova manifestação já haviam sido retificados, conforme provado na mídia digital de fl. 88 (planilha onde restou segregado como mercadoria adquirida para revenda aquelas que a empresa havia recebido em transferência, assim como aquelas adquiridas de terceiros para revenda) e exemplos que apresentou com o CFOP 1949 (entradas sob CFOP 1949 da mercadoria código 419 KAPO laranja 200ML C12 e código 1518 C.COLA PET 2,5L C6 RV. E isto foi realizado tanto para as entradas e saídas). Além do mais, tinham sido consideradas vinculadas às operações incentivadas todas as mercadorias que a empresa tomou crédito fiscal nas entradas e não foram destinadas à revenda, seja por estarem classificadas como matéria prima, material secundário ou material de embalagem (neste caso com o CFOP 2101, por exemplo). Observa que muito embora a autuada tenha citado mercadorias, não havia indicado o correspondente documento fiscal. Por fim, ressalta de que na planilha do levantamento fiscal, em sua última coluna, há a seguinte referência “R” quando se tratou de “revenda” e “V” de “vinculada” ao projeto.

Chamado para tomar conhecimento da informação produzida pelo fiscal autuante (fl. 137), a empresa manifestou-se (fls. 144/169) trazendo, *ipsis litteris*, os mesmos argumentos que havia expostos anteriormente às fls. 95/126, não fazendo qualquer comentário acerca do que informou o fiscal estranho ao feito, embora tenha indicado a tomada de ciência.

Diante deste quadro, o fiscal estranho ao feito chamado para tomar ciência da posição da empresa, não expôs mais qualquer comentário, pois entendeu que a empresa visa, unicamente, procrastinar o feito (fl. 175).

A 4ª JF prolatou decisão de piso e a empresa autuada interpôs Recurso Voluntário (fls. 203/226). Neste recurso, e mais uma *ipsis litteris*, apresentou os mesmos argumentos expostos quando da sua manifestação de fls. 95/126 em relação aos CFOPs 1949 (outra entrada de mercadoria ou prestação de serviço não especificada), CFOP 2.101 (compra para industrialização) e 6910 (Remessa em bonificação, doação ou brinde), ou seja, nenhum fato novo que já não tivesse sido apreciado foi apresentado. E, mais uma vez, sem qualquer documentação para embasar seu argumento.

Ora, neste caso, somente posso concordar com as considerações do fiscal estranho ao feito quando de sua última manifestação e antes do julgamento de Primo Grau. Aqui existe um objetivo da empresa que em nada contribui para esclarecer ou elidir o feito e, aparentemente, o n. patrono da empresa ignorou (não se determinando o motivo) todo o saneamento realizado da ação fiscal, não buscando analisar a nova planilha elaborada e que consta, de forma clara, à fl. 88 dos autos.

Neste caso, não existe motivação para que seja considerada a possibilidade de pedido de realização de diligência, nem mesmo, de perícia técnica e, **muito menos, deste Colegiado, neste momento, apreciar, como novos, os argumentos que já foram devidamente apreciados e**

**saneados antes mesmo do julgamento de Primeiro Grau.** (grifo meu)

No que diz respeito a alegação de que a multa aplicada de 60% é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciada por este órgão julgador administrativo, a teor do disposto no art. 167, I do RPAF/99.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, lamentavelmente deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158 do RPAF/BA.

Em relação à aplicação do *in dubio pro* contribuinte, a autuação realizada não demonstrou incertezas ou dúvidas que ensejassem na aplicação de tal instituto determinado no art. 112 do CTN, pois caso houvesse dúvida, o presente Conselheiro Relator, com toda certeza, levaria em consideração, como já procedeu em outros processos deste C. Colegiado, quando a dúvida existiu.

Portanto, constato que a empresa recorrente não apresentou argumentos nem cálculo fundamentado que demonstrassem que o valor exigido se encontra em desacordo com a Instrução Normativa nº 27/2009. Enfim, com base em tudo quanto analisado, com base nos fatos, documentos e legislação aplicável, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de piso.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232884.0010/19-2**, lavrado contra **NORSA REFRIGERANTES S.A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 324.411,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2022.

MAURÍCIO DE SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS