

A. I. N° - 108580.0004/18-8
AUTUADO - NORDESTE TUBETES EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, LIANE RAMOS SAMPAIO E PATRÍCIA TEIXEIRA FRAGA
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.04.2022

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0029-05/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. IMPOSTO INDEVIDAMENTE DIFERIDO. Vendas de mercadorias para destinatário detentor do benefício do diferimento. O próprio contribuinte admitiu o erro cometido, sinalizou quitar a dívida, mas fez o pagamento levando em conta as reduções do “DESENVOLVE”. Não pode o sujeito passivo desfrutar do incentivo, porque o valor evadido não foi apurado espontaneamente, e na época apropriada, mas emergindo como resultado de ação fiscal. Irregularidade procedente. **b)** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DESTINADO A USO/CONSUMO. Demonstrado na instrução que alguns itens tidos como materiais de uso e consumo eram, na verdade, insumos, com direito a crédito e sem exigência do diferencial de alíquota. Irregularidade procedente em parte. 2. MULTA. NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIA TRIBUTÁVEL. Matéria não controvertida no PAF. Contribuinte reconhece a cobrança e providencia o recolhimento com as reduções cabíveis. Irregularidade procedente. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Matéria não controvertida no PAF. Contribuinte reconhece a cobrança e providencia o recolhimento com as reduções cabíveis. Irregularidade procedente. Pedido de diminuição das multas propostas nas Infrações 01 e 02 rejeitado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Vale de começo salientar, que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, adaptado inclusive para as sessões virtuais de julgamento.

O Auto de Infração em tela, lavrado em 20/12/2018, tem o total histórico de R\$ 52.478,71, afora acréscimos, com as seguintes infrações:

Infração 01 – 02.01.03 - Falta de pagamento de ICMS em virtude de ter realizado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. As notas fiscais para a empresa “Bomplastil Embalagens” foram emitidas sem destaque do imposto, com base no Certificado de Habilitação de Diferimento nº 3025000-5, que trata das aquisições internas de produtos petroquímicos intermediários. Entretanto, a autuada vende “canudos de papel”, produto que não se enquadra na Habilitação referida.

Fatos geradores são de janeiro a dezembro de 2014, janeiro a dezembro de 2015, no valor de R\$ 49.675,88.

8, com capitulação legal no art. 2º, I, e art. 32, ambos da Lei 7.014/96, c/c o art. 332, I do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa prevista no art. 42, II, “a” da Lei retro mencionada.

Infração 02 – 06.02.01 – Falta de pagamento da DIFAL (diferença entre as alíquotas interna e interestadual), em face de aquisições interestaduais de produtos destinados ao consumo do próprio estabelecimento.

Fatos geradores são de outubro e dezembro de 2014, no valor de R\$ 1.511,50, com capitulação legal no art. 4º, XV da Lei 7.014/96, c/c o art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa de 60%, fulcro no art. 42, II, “f” da mesma lei citada.

Infração 03 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Aplicação da penalidade de 1% (hum por cento) sobre o valor comercial da mercadoria.

Fatos geradores são de março, junho, julho, outubro e dezembro de 2014, maio, outubro e dezembro de 2015, no valor de R\$ 576,77, com capitulação legal nos arts. 217 e 247 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, e penalidade prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Infração 04 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal. Aplicação da penalidade de 1% (hum por cento) sobre o valor comercial da mercadoria.

Fatos geradores são de janeiro, fevereiro, abril, julho a outubro e dezembro de 2014, março a dezembro de 2015, no valor de R\$ 714,56, com capitulação legal nos arts. 217 e 247 do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, e penalidade prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/96.

Juntados no lançamento de ofício, entre outros documentos: termo de intimação para apresentação de livros e documentos fiscais e contábeis (fl. 08), demonstrativo das operações de saída sem recolhimento de imposto e DANFES - 2014 (fls. 10/38), demonstrativo das operações de saída sem recolhimento de imposto e DANFES - 2015 (fls. 39/62), registro na base de dados fazendária da habilitação do diferimento dada à “Bomplastil” (fl. 63), demonstrativo das operações de aquisição de produtos para uso e consumo, sem recolhimento da DIFAL (fl. 64), demonstrativo analítico das notas fiscais de entrada tributadas sem registro na escrita - 2014 e 2015 (fls. 65/67), demonstrativo analítico das notas fiscais de entrada não tributadas sem registro na escrita – 2014 e 2015 (fls. 68/71), CD contendo arquivos eletrônicos e recibo respectivo (fls. 72/73).

O estabelecimento autuado oferece defesa (fls. 80/93), dentro da qual, após aludir à tempestividade da medida e sintetizar a postulação estatal:

Invoca o princípio da busca da verdade material como matriz para atribuir ao fisco o ônus de comprovar a exigência tributária.

Agita a improcedência parcial da infração 01 porque: (i) a “Bomplastil” afirmou peremptoriamente que possuía habilitação para diferimento para toda e qualquer aquisição, não somente para aquisições internas de produtos petroquímicos; (ii) nestas condições, aquiesce que o diferimento não afeta as mercadorias por ele comercializadas, embora tivesse agido de boa-fé; (iii) no entanto, por ser beneficiário do programa “Desenvolve” (Resol. 182/2010), faz jus à dilação do prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, conforme Classe II da Tabela I que colou à defesa, de sorte que a auditoria deveria considerar na quantificação da dívida que as saídas reconhecidamente tributadas, à vista do citado favor fiscal, contariam com um percentual de imposto incentivado na ordem de 80%, além de um desconto pela antecipação de 80%; (iv) assim, considerados tais percentuais (80% + 80%), teria o dever de pagar apenas 36% do valor lançado, na forma da planilha que anexou, além da redução de 90% da multa aplicada; (v) diante destes cálculos, procede ao recolhimento de R\$ 18.956,32, DAE apenso, pedindo pela procedência parcial da cobrança.

Assegura a improcedência da infração 02 porque: (i) não obstante a adoção na escrita do CFOP 2556 (compra de material para uso ou consumo), em verdade os produtos arrolados na autuação foram para o ativo permanente ou traduziram insumos usados diretamente no seu processo produtivo; (ii) ao fabricar chapas e embalagens de papelão ondulado, de cartolina e de papel-cartão, usa “fitas 524” (NCM 481141110), “sebo” (NCM 35052000) e “tinta marrom” (NCM 32151900) como insumos industriais, não havendo, nestes casos, dever de pagar a DIFAL; admite em relação aos itens para ativo fixo incidir a diferença de alíquota, mas, em seu caso, não tem a obrigação de pagá-la, pois é detentora do “Desenvolve”, como visto, programa dentro do qual está previsto o diferimento do ICMS devido nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo, na forma do art. 2º, I do Dec. 8205/02, e na linha da decisão deste Conselho, Ac. CJF 0254-11/16, ementa transcrita.

Para as infrações 01 e 02, generalizadamente, opõe ser confiscatória, irrazoável e desproporcional a multa proposta de 60%, na trilha de doutrina citada e de decisões do STF, também reproduzidas.

Acerca das infrações 03 e 04, aponta serem procedentes e afirma ter pago os valores lançados, com redução de 90%, valores de R\$ 57,68 e R\$ 71,46, respectivamente, guia de recolhimento anexada.

Em síntese, requer: (i) a procedência parcial da infração 01, no importe de R\$ 18.956,32, em face dos percentuais redutores explicados; (ii) a improcedência da infração 02, em face das mercadorias adquiridas serem insumos ou bens do ativo permanente, no primeiro caso com DIFAL indevido, no segundo com DIFAL diferido; (iii) a procedência total das infrações 03 e 04, devendo-se atestar o seu recolhimento com as reduções de lei; (iv) a redução da multa de 60%, proposta para as duas primeiras infrações, pelo caráter inconstitucional da qual tal percentual é revestido; (v) em caso de não acolhimento das razões defensivas para a segunda infração, a conversão do julgamento em diligência, de modo que o preposto fiscal verifique *in loco* a real destinação dos itens que compõem a infração 02; a produção de outros meios de prova em direito admitidos.

Apensados com a impugnação, dentre outros elementos: instrumentos de representação legal (fls. 97/110), Resol. Desenvolve 182/2010 (fl. 124), nova planilha de cálculo (fls. 126/127), DAEs e comprovantes de pagamento (fls. 129/130), mídia digital (fl. 131).

Autuantes prestam informações fiscais (fls. 139/142), a partir das quais:

Em face da infração 01, alertam que é a própria impugnante quem reconhece o erro cometido de não tributar as operações destinadas para a “Bomplastil Embalagens”, visto que tais situações não eram cobertas pelo benefício do diferimento do qual referida empresa fazia jus. Mas ponderam que a boa-fé não exime a autuada de efetuar o recolhimento do imposto devido, quando previsto em lei. Quanto ao fato da autuada ser detentora do “Desenvolve”, condição na qual lhe daria a condição de pagar o ICMS sobre ditas operações com redução da parcela incentivada, rebatem que dito incentivo é concedido à época da apuração do salvo devedor do mês respectivo e não visa absolutamente diminuir os valores a recolher apurados após ação fiscal e autuação.

Em face da infração 02, consignam que itens adquiridos para composição ou recomposição do ativo fixo (filtros de ar e de transmissão, cabos de embreagem, facas para cortes de papel, correias etc.) são considerados materiais de uso e consumo. E advertem que o próprio contribuinte tem este entendimento, pois durante os dez meses de 2014 os classificou como materiais de uso e consumo, sujeitos à DIFAL, conforme demonstrativo do item “outros débitos” no Livro de Apuração e demonstrativo analítico das aquisições com CFOP 2556, com discriminação dos itens adquiridos (fls. 140/141), encartados no próprio informativo.

Ainda dentro da mesma infração, acerca do material denominado “sebo”, pontuam que não foi objeto de cobrança, posto que não incluído no somatório do valor da DIFAL devida; o que aconteceu foi que a auditoria, ao finalizar o demonstrativo, esqueceu de apagar este item da planilha, “esquecimento este que não envolve números e, portanto, é irrelevante para esta análise” (sic; fl. 142). Já em relação ao material denominado “fita 524 transparente”, observam que

nos outros meses não só o contribuinte o definiu como dentro da CFOP 2556, como também inseriu a DIFAL respectiva como outros débitos constantes do Registro de Apuração do ICMS. Por fim, concordam em retirar da exigência os valores referentes ao material denominado “tinta marrom”, posto que realmente constitui insumo para a empresa, de sorte que fica a infração 02 reconstituída com o abatimento de R\$ 34,76.

A respeito da multa de 60% ser constitucional, revelam que nada têm a acrescentar, eis que tal discussão foge ao escopo da competência profissional do auditor fiscal.

Intimada regularmente para se manifestar sobre as informações fiscais produzidas, permaneceu silente a impugnante (fls. 144/145).

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

Passo, então, a compartilhar o meu voto.

VOTO

Embora não haja preliminares explícitas arguidas neste processo, cabe enfatizar que o Auto de Infração cumpre formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, a previsão normativa da multa proposta e a assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo programa denominado SLCT – Sistema de Lançamentos de Créditos Tributários.

Defesa ofertada sem questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da peça, ou defeitos de representação legal para o signatário da impugnação funcionar no processo.

Prestigiados o exercício do contraditório e da ampla defesa, sem ofensa também a quaisquer princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

Passemos à análise de mérito da autuação.

Antes porém, mesmo à vista do quanto já consignado no relatório, local reservado pelo RPAF-BA para a JJF apreciar a necessidade de diligências, conforme está no art. 147, § 2º, II, “b”, reitera-se inexistir razão para se prolongar a instrução com realização de verificações *in loco*, posto que os elementos probatórios, já nos autos, são suficientes para o desate da questão, de modo que fica indeferido o pedido de diligenciamento.

Pois bem. As infrações 03 e 04, multas pelo não registro de documentos na escrita, operações tributáveis e não tributáveis, perderam a controvérsia. É que o sujeito passivo apontou na defesa ter cuidado de recolhê-las com os abatimentos de lei, na base das guias de pagamento que juntou. Irregularidades procedentes, devendo o setor fazendário competente proceder a conferência dos valores para fins de homologação.

Agora a infração 01: esta abrange saídas não tributadas pela autuada, vendas de “canudos de papel”, conforme DANFEs presentes no PAF, destinadas a cliente (Bomplastil Embalagens), que supostamente detinha o benefício do diferimento nas aquisições de quaisquer mercadorias, certificado na Habilitação nº 3025000-5.

Entretanto, tal habilitação autorizava a “Bomplastil” valer-se do benefício apenas nas aquisições de produtos petroquímicos, não alcançando as mercadorias comercializadas pela impugnante. Aliás, isto foi logo reconhecido pela autuada na sua peça defensiva, admitindo naquela altura o erro cometido. Houve sinalização de pagamento, com presença de DAE nos autos, embora

calculado levando em conta o benefício “Desenvolve” que possuía (80% a título de parcela incentivada a ser protraída, mais 80% de abatimento pela antecipação, gerando um desconto de 64%), de sorte a conceder-lhe a possibilidade de recolher tão só 36% do débito apurado.

Tal raciocínio, sem embargo, não pode ser aplicável ao caso sob apreciação. É que tais vantagens só poderiam ser desfrutadas pela defendant se ela tivesse computado à época apropriada, isto é, em cada um dos meses de 2014 e 2015, os valores devidos de ICMS nestas operações para a “Bomplastil” e lançado na sua escrita para fazer jus aos abatimentos. Não pode o sujeito passivo, agora, após detecção do ilícito tributário pela auditoria no curso da ação fiscal, com consequente formalização de lançamento, aproveitar-se da situação e ter apenas o dever de só pagar uma parte do ICMS incidente. Agir assim poderia abrir o precedente de evasões tributárias serem efetuadas, e o devedor, tempos depois do fato gerador, mormente quando o agente estatal identifica o problema, continuar pleiteando os benefícios fiscais como se nada de anormal tivesse acontecido.

Esta é a melhor interpretação a ser conferida ao art. 5º da Lei que criou o Programa “Desenvolve”, cuja transcrição aqui se mostra obrigatoria:

Art. 5º O estabelecimento enquadrado no Programa deverá observar os seguintes procedimentos, para fins de apuração e recolhimento do ICMS devido:

I - o valor do ICMS apurado, deduzido o valor do imposto incentivado, será declarado e recolhido na forma e prazos regulamentares;

II - o valor do ICMS incentivado será escriturado em separado na escrita fiscal do estabelecimento, e recolhido nos prazos deferidos na autorização.

Os valores de ICMS quantificados pela auditoria na infração 01 não foram apurados à época pela impugnante, sequer lançados na escrita e muito menos declarados e recolhidos nos prazos regulamentares. Não podem agora neste PAF experimentar diminuição para o recolhimento como se tivessem sido regularmente declarados, como se à época da ocorrência dos fatos geradores, tivessem sido observados como se nenhuma falha existisse.

Assiste razão aos autuantes. A declaração da dívida só veio através das autoridades fiscais. Irregularidade procedente, devendo o setor fazendário competente considerar eventuais valores recolhidos a este título para efeito de cálculo dos saldos devedores.

Resta apreciar a infração 02. As alegações defensivas no intuito de repulsar a DIFAL, derivam para dois argumentos, quais sejam: o de parte dos materiais serem insumos do processo produtivo, e parte traduzir materiais pertencentes ao ativo permanente, que nestas condições, não ensejariam o pagamento do diferencial, em face da autuada ser beneficiária do “Desenvolve”.

No que tange aos materiais supostamente tidos como insumos para a produção, com direito à apropriação dos créditos fiscais respectivos e sem necessidade de pagamento da DIFAL, vê-se que a autuada, ao industrializar chapas e embalagens de papelão ondulado, de cartolina e de papel-cartão, adquire as “fitas 524 transparente”, como material de uso e consumo. Isto é confirmado no mês de abril de 2014, no qual é a própria autuada quem a considera como tal, sob o CFOP 2556, incluindo-a no registro de apuração do imposto como “outros débitos” para efeito de cálculo, e quando o caso, recolhimento da DIFAL, tudo conforme encartes na peça informativa, fls. 140 e 141; ademais, instada a se manifestar acerca dos pronunciamentos fiscais, o contribuinte optou pelo silêncio, apesar de regularmente intimado, fls. 144 e 145.

Já sobre o “sebo”, a matéria perdeu controvérsia, visto inexistir repercussão econômica. Efetivamente, os autuantes asseguraram que embora a dita mercadoria constasse nas planilhas fiscais, nenhum cálculo foi feito a título de DIFAL para fins de composição da dívida. Não houve oposição defensiva neste particular.

Por fim, a “tinta marrom”. Aqui tem razão o contribuinte, aliás com aquiescência das autoridades fiscais. Neste sentido, **exclui-se do demonstrativo de débito inicial o imposto de R\$ 34,76, referente a outubro de 2014, conforme consignado no demonstrativo fiscal de fl. 64.**

Quanto aos itens supostamente considerados pelo sujeito passivo (filtros de ar e de transmissão, cabos de embreagem, facas para cortes de papel, correias etc.), como pertencentes ao ativo permanente, não se desincumbiu o defendant de comprovar esta condição. Ao revés, há nos autos demonstração em contrário, pois além do contribuinte considerá-los como materiais de uso e consumo em outros meses de 2014, debaixo do CFOP 2556, providenciou o pagamento da DIFAL que, vale registrar, também incide nas aquisições de ativos fixos. Também neste particular não houve resistência defensiva pós informações fiscais, como atrás exposto. E também não se pode aplicar nesta altura eventuais benefícios do “Desenvolve”, não só porque os materiais objeto da autuação são para uso e consumo, além da aplicação dos abatimentos, depois da lavratura do auto de infração tornar-se intempestiva e incabível.

Quanto ao pedido de diminuição da multa em face de ser o percentual proposto confiscatório, irrazoável e desproporcional, não tem razão o contribuinte.

Na verdade, a proposição das multas indicadas no corpo do auto de infração encontrou respaldo em comando de lei, designadamente no art. 42 e respectivos incisos da Lei nº 7014/96.

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Há a conformação do ilícito tributário à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.

Quanto à alegação de confisco, falece competência a esta JJF, apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA.

Afasto, pois, o pedido de mitigação ou cancelamento da **penalidade**.

Isto posto, é de ser julgado o presente auto de infração parcialmente procedente, na forma abaixo minudenciada:

	Autuado	Procedente
Infração 01	49.675,78	49.675,88
Infração 02	1.511,50	1.476,74
Infração 03	576,77	576,77
Infração 04	714,56	714,56
Total	52.478,71	52.443,95

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 **108580.0004/18-8**, lavrado contra **NORDESTE TUBETES EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 51.152,62**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no total de **R\$ 1.291,33**, previstas nos incisos IX e XI do dispositivo acima citado, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados pelo setor competente os valores efetivamente recolhidos, pós autuação.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de março de 2022.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR