

A. I. N° - 087016.0001/22-8  
AUTUADO - PLÁSTICOS NOVEL DO NORDESTE LTDA.  
AUTUANTE - DIJALMA MOURA DE SOUZA  
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/12/2022

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0264-02/22-VD**

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. DESENVOLVE. PARCELA RELATIVA AO FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA. Constatado vício insanável no lançamento tendo em vista apuração da exação em desconformidade com a normativa relativa ao benefício fiscal. Acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **NULO**. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2022, exige o valor de R\$ 101.935,20, em decorrência da seguinte infração:

**Infração – 002.013.003:** O contribuinte fez uso efetivo de incentivo fiscal e não recolheu o valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001. Período: Janeiro de 2019 a fevereiro de 2020.

Enquadramento legal: Lei nº 13.564/16 e Decreto nº 16.970/16.

Multa de 60%: Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Complemento: “Referente ao Crédito Presumido previsto no Decreto nº 18.802/18, PROIND, apurado em desconformidade com a Resolução PROBAHIA 81/2019, que concedeu o percentual de 80% (oitenta por cento) do imposto nas operações de saídas de caixas plásticas, conforme demonstrativo Novel\_2019\_2020\_C\_Presumido, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”.

Em 26/05/2022, o patrono do autuado apresentou a impugnação de fls. 23/38. Inicialmente relatou os fatos da autuação, trazendo o que consta em seu contrato social (objetivos) e destaca que especificamente no que se refere à atividade descrita no item “a”, que constitui sua atividade econômica principal, ressalta que os artigos plásticos por ela fabricados constituem embalagens de transporte, destinadas a clientes que atuam no segmento industrial, comercial e, até mesmo, agropecuário. Assim, em estrita consonância com a legislação aplicável, o CNAE principal do estabelecimento autuado é o 22.22/6-00, que corresponde à fabricação de embalagens de material plástico.

Salienta que a atividade de fabricação de embalagens de material plástico - classificada na CNAE mencionada acima - é muito abrangente, uma vez que pode compreender uma infinidade de produtos, como se pode observar da própria relação divulgada pela Comissão Nacional de Classificação - CONCLA do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Acosta planilha do CNAE – fl. 25.

Disse que a autuação se restringe à fabricação de caixas plásticas destinadas ao acondicionamento para transporte de mercadorias de diversas naturezas, como por exemplo, produtos agrícolas e pecuários *in natura* ou acondicionados para venda a varejo, produtos

industrializados, com ênfase para as garrafas de vidro (vazias ou acondicionadas com bebidas), devidamente destacadas na relação acima.

Esclarece que em relação às caixas plásticas destinadas ao acondicionamento de garrafas de vidro fabricadas pela Impugnante, é importante notar que comumente são chamadas de “engradados” ou “garrafeiras”, a utilização de qualquer dessas nomenclaturas, contudo, não modifica a natureza e espécie do produto fabricado pelo estabelecimento autuado, ou seja, ele continua e sempre será uma caixa plástica, uma embalagem plástica para o transporte de produtos.

Destaca serem importantes vez que, como resultado de trabalhos fiscais desenvolvidos no estabelecimento autuado e concluídos em 31/03/2022, foram lavrados 2 (dois) Autos de Infração envolvendo os períodos compreendidos entre novembro de 2019 a dezembro de 2020, a saber:

- a) o primeiro deles, de número 0870160003/22-0 (doc. 03), cuja impugnação foi tempestivamente apresentada, no qual indevidamente se alega que o estabelecimento autuado teria recolhido, no período compreendido entre novembro de 2019 a dezembro de 2020, ICMS em valores inferiores aos devidos, em razão de *“erro na apuração do imposto, objeto de Benefício Fiscal relativo ao Programa de Promoção do Desenvolvimento da Bahia - PROBAHIA’ referente ao Crédito Presumido previsto no Decreto 18.802/18. PROIND, apurado em desconformidade com a Resolução PROBAHIA 81/2019 (...)”*, conforme demonstrativo anexo à autuação;
- b) o segundo deles, de número 0870160001/22-8, cuja acusação fiscal consiste no recolhimento a menor do FECEP, ou seja, do FUNDO ESTADUAL DE COMBATE E ERRADICAÇÃO DA POBREZA, em razão justamente da fruição do benefício do crédito presumido do ICMS, concedido ao estabelecimento autuado mediante a Resolução nº 81/2019 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA, nos termos do Decreto nº 18.802/2018.

Assinala que a acusação fiscal e exigências do Auto de Infração nº 0870160001/22-8, ora impugnado, foram apuradas simultaneamente às contidas no Auto de Infração nº 0870160003/22-0, já que essas duas peças acusatórias estão instruídas pelo mesmo anexo, ou seja, na planilha “C\_Presumido” contida no arquivo excel “Novel\_2019\_2020\_C\_Presumido.xls”, que instruiu tais peças acusatórias, as incorreções cometidas pela autoridade fiscal na elaboração da aludida planilha serão abordadas nestas razões de defesa, de forma a comprovar a improcedência da acusação e exigências ora impugnadas.

Assim, sob a alegação da prática de infração: (i) à Lei nº 13.564/2016, que instituiu condição para concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS; e (ii) ao Decreto nº 16.970/2016, que regulamentou a Lei nº 13.564, de 20 de junho de 2016, definindo os procedimentos de cálculo e recolhimento do valor do depósito destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001.

Assevera que foi exigido da Impugnante o pagamento da vultosa quantia de R\$ 174.496,86, sendo R\$ 101.935,20, correspondente à diferença de “FECEP”, instituído pela Lei nº 7.988/2001, pretendamente devida, R\$ 11.400,55 a título de acréscimo moratórios e R\$ 61.161,10, correspondente a multa de 60% aplicada, nos termos da alínea “f”, do inc. II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Explica que as razões de defesa apresentadas relativamente ao Auto de Infração nº 0870160003/22-0, a autuação ora combatida, está vinculada ao Auto de Infração nº 0870160001/22-8, pois não possui a menor condição de prosperar, seja pela contribuição ao FECEP ou FUNCEP: **a)** representada, nos termos da Lei nº 7.988/2001, pelo adicional de dois pontos percentuais a alíquota interna do ICMS não é (e nunca foi) aplicável aos produtos saídos do estabelecimento autuado, nos termos do art. 16-A da Lei nº 7.014/96; **b)** representada pelo recolhimento de 10% sobre o valor do benefício do crédito presumido fruído pela Impugnante, nos termos da Resolução 81/2019 e Decreto 18.802/2018, ter sido corretamente recolhido pelo estabelecimento autuado nos períodos compreendidos pelo trabalho fiscal, sendo que os critérios de apuração dos valores exigidos na

autuação em combate não encontram amparo na legislação aplicável, bem como sequer guardam coerência com os valores - incorretamente apurados - na primeira autuação mencionada, que, como se explicou, diz respeito ao benefício fiscal do crédito presumido.

Acrescenta que também se demonstrará a necessidade de decretação da nulidade dessa peça acusatória, já que a ausência - de forma clara e objetiva - das razões que motivaram sua lavratura e mera indicação dos diplomas legais, sem apontar os respectivos dispositivos dessas normas que teriam sido alegadamente infringidos caracteriza nítido cerceamento ao direito de defesa da Impugnante.

Alega nulidade em razão do cerceamento do direito de defesa em razão da falta de informações acerca da motivação na sua lavratura, bem como da mera indicação de Lei e Decreto, sem apontar os respectivos dispositivos dessas normas, tidos como infringidos.

Argui que ao invés de indicar quais os dispositivos legais que teriam sido infringidos pelo estabelecimento autuado, a autoridade autuante limitou-se a indicar no campo específico do Auto de Infração Lavrado a violação à Lei nº 13.567/16 e ao Decreto nº 16.970/16, o que torna ainda mais difícil à Impugnante identificar a conduta que se alega ter sido delituosa.

Esclarece que a Lei nº 13.567/2016 embora tenha instituído a contribuição ao FECEP/FUNCEP como condição para a concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ICMS, não restam dúvidas, inclusive à autoridade autuante, que tal condição vem sendo cumprida pela Impugnante, vez que a acusação fiscal contida na autuação combatida não é de falta de recolhimento ao aludido Fundo, mas sim, de recolhimento em valores inferiores aos tidos como devidos. Já o Decreto nº 16.970/2016, por sua vez, apesar de, como consta de sua ementa, regulamentar a Lei nº 13.564, de 20/06/2016, define os procedimentos de cálculo e recolhimento do valor depósito destinado ao FECEP, instituído pela Lei nº 7.988, de 21/12/2001.

Assinala que considerando o próprio relato da infração contido na peça acusatória em combate, o benefício do crédito presumido do ICMS concedido à Impugnante mediante a Resolução 81/2019, decorre do quanto previsto no Decreto nº 18.802/2018, que instituiu o Programa de Estímulo à Indústria do Estado da Bahia - PROIND, ou seja, não guarda relação com os benefícios fiscais veiculados por quaisquer dos diplomas legais indicados nos incisos do art. 1º do Decreto nº 16.970/2016, fica evidente que tal norma, assim como a Lei nº 13.567/2016 por ela regulamentada, nunca poderia ter sido imputadas como infringidas pela Impugnante, já que não são a ela aplicáveis.

Diz que na premissa da autuação não é relatada no Auto de Infração, sendo que não há uma explicação ou qualquer fundamentação no sentido de justificar a razão de a autoridade autuante ter considerado insuficientes os recolhimentos mensalmente efetuados pela Impugnante ao FECEP/FUNCEP e, até mesmo, que justifique o critério de cálculo que empregou para apurar as pretensas diferenças dela exigidas, omissões essas que explicitam a carência de motivação e fundamentação no Auto de Infração ora defendido, tendo, assim, vício de motivação, tem-se que nos termos do art. 142 do CTN, no lançamento tributário deverá ser verificada a ocorrência dos fatos geradores, ser determinada a matéria tributável e o tributo devido. Princípio da motivação esse consagrado nos artigos 18 e 39 do RPAF.

Frisa que através dos princípios estabelecidos nos artigos 37 e 93 da Constituição Federal, pode-se concluir que os dispositivos do CTN e do RPAF acerca do ato de constituição do crédito tributário pela autoridade fiscal devem ser interpretados de forma que a verificação da ocorrência do fato gerador e a indicação da disposição legal deve ser pautada na devida motivação. Reitera que a motivação deve ser explícita e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato. Transcreve artigo publicado de Lúcia Valle Figueiredo esclarecendo a fundamentação e a razoabilidade, bem como excerto doutrinário de Fábio Soares de Melo, além de jurisprudência do CONSEF – Acórdão CJF nº 0167-12/06.

Finaliza requerendo a nulidade com estrita observância ao disposto no art. 18, II do Decreto nº 7.629/99.

No mérito, alega que na apuração dos valores a título de crédito presumido do ICMS, benefício a que a Impugnante faz jus nas saídas de caixas plásticas, nos termos da Resolução nº 81/2019 e Decreto nº 18.082/2018, foram adotados incorretamente os seguintes critérios:

- a) exclusão das saídas de determinadas “garrafeiras” desse benefício fiscal, ou por não as considerar como caixas plásticas para transporte de garrafas ou por entender que as respectivas saídas, efetuadas a título de retorno de industrialização encomendada por terceiros ao estabelecimento autuado, não seriam elegíveis ao benefício fiscal em tela, de forma que os valores relativos às operações beneficiadas e não beneficiadas apresentaram as incorreções. Junta quadro da apuração da fiscalização x da impugnante – fl. 33.
- b) o cálculo do crédito presumido de ICMS foi efetuado mediante a multiplicação do percentual previsto na Resolução nº 81/2019, sobre o valor incorretamente apurado relativo ao ICMS incidente nas operações beneficiadas, o que não encontra qualquer amparo legal, já que o Decreto nº 18.082/2018 (que, como se sabe, instituiu o Programa de Estímulo à Indústria do Estado da Bahia - PROIND) é claro ao dispor, na parte final do “caput” do seu art. 2º, que referido benefício deve ser calculado sobre o saldo devedor do ICMS mensalmente apurado, já que se constitui em “*redutor do imposto apurado pelo regime de conta corrente fiscal*”, sendo que esse flagrante equívoco também se comprova mediante o demonstrativo, cujos dados foram extraídos da planilha citada e apenas “verticalizados” pela Impugnante. Junta quadro da apuração da fiscalização destacando o percentual correto – fls. 34 e 35.

Alega ainda que apesar de ter apurado “novos” e incorretos valores mensais do crédito presumido do ICMS e ter considerado tais valores para fins de lavrar o Auto de Infração nº 0870160003/22-0, alegando o recolhimento a menor do ICMS nos períodos autuados, como demonstrado em quadro, ao refazer a apuração dos valores devidos ao FECEP - objeto do Auto de Infração, ora combatido - mais uma vez a autoridade autuante incorreu em erro, já que, segundo se observa dos cálculos por ela efetivados, a base de cálculo do FECEP/FUNCEP devido mensalmente é o saldo devedor do ICMS obtido mediante a dedução dos créditos de ICMS, dos débitos desse mesmo imposto, como se verifica do demonstrativo. Acosta quadro da apuração da fiscalização referente ao crédito presumido – fls. 35 e 36.

Sustenta comprovar que nenhum montante de FECEP/FUNCEP foi recolhido a menos nos períodos autuados, como já o fez no tocante ao Auto de Infração nº 0870160003/22-0, relativamente ao recolhimento mensal desse imposto e aos montantes de crédito presumido a que efetivamente faz jus.

Volta a alegar a correta base de cálculo do FECEP/FUNCEP e improcedência da acusação de recolhimento a menor ao aludido Fundo nos períodos autuados. Diz que os cálculos reproduzidos na defesa, também comprovam que a autoridade autuante adotou os saldos devedores do ICMS por ela apurados como sendo a base de cálculo para apuração dos montantes devidos pela Impugnante ao FECEP/FUNCEP.

Explica que a referida base de cálculo não encontra amparo na legislação aplicável, sendo que o benefício fiscal do crédito presumido do ICMS, foi concedido ao estabelecimento autuado mediante a Resolução nº 81/2019 do Conselho Deliberativo do PROBAHIA. Reproduz a referida resolução e diz que tal benefício fiscal foi concedido com fundamento no Decreto nº 18.802/2018 que, como se sabe, instituiu o Programa de Estímulo à Indústria do Estado da Bahia – PROIND. Transcreve o § 5º, do art. 2º do aludido Decreto nº 18.802/2018.

Reafirma não restar dúvidas de que a base de cálculo da contribuição ao FECEP/FUNCEP é o valor do crédito presumido por ela escriturado. Logo, considerando que, como comprovado na defesa ao Auto de Infração nº 0870160003/22-0, os valores de crédito presumido escriturados pelo estabelecimento autuado nos períodos de 11/2019 a 12/2020 estão corretos, bem como que, como

faz prova as apurações ora anexadas (doc. 05), esses montantes foram corretamente considerados pela Impugnante nas contribuições ao Fundo naqueles mesmos períodos, restando claro que nenhum montante a título de FECEP/FUNCEP é devido.

Sustenta que diante das provas ora apresentadas acerca do correto recolhimento ao FECEP/FUNCEP por parte da Impugnante nos períodos autuados, bem como dos flagrantes erros cometidos pela fiscalização na tentativa de sustentar as indevidas exigências contidas na autuação combatida, é imperioso que, caso a autuação combatida não seja de plano cancelada, seja ela julgada inteiramente improcedente para que nenhum montante seja exigido do estabelecimento autuado.

Conclui pedindo a nulidade ou improcedência da autuação.

Prestada a informação fiscal de fls. 56/59. O autuante combate as alegações defensivas, sendo que, inicialmente, defende a autuação em relação à preliminar de nulidade suscitada.

Diz que a Autuada argumenta sua condição, enquanto contribuinte beneficiária do incentivo fiscal previsto na Lei nº 6.734/97, por não guardar relação com os benefícios e obrigações instituídos pela Lei nº 13.567/16 e Decreto nº 16.970/16. Rebate o argumento dizendo que a exigência é recolhimento a menor e não falta de recolhimento. Recolheu no período o FECEP só que em valor inferior ao apurado pela fiscalização.

Nas questões de mérito, quanto à alegação de exclusão das saídas de determinadas “garrafeiras” do benefício fiscal por não considerar como caixas plásticas para transporte de garrafas, salienta que na mídia de fls. 19, o Relator poderá comprovar que na última coluna do demonstrativo há a opção “V” ou “N”, abreviatura de Vinculada ao Projeto e Não vinculada ao projeto (operação).

Pontua que o valor do ICMS das linhas cuja última coluna é “V” compõe o somatório do título “Débitos de ICMS Saídas de caixas plásticas” e, que, na mesma linha de raciocínio, o valor do ICMS das linhas cuja última coluna é “N” compõe o somatório do título “Débitos de ICMS outras Saídas”.

Assinala que após conferir, neste ato, os valores transportados da planilha “NFS” para “C\_Presumido” não encontrou nenhuma exclusão de “garrafeiras”, à exceção das prestações de serviços de industrialização para terceiros, não alcançados pelo benefício previsto na Resolução PROBAHIA nº 81/2019.

Para a alegação de que as saídas efetuadas a título de retorno de industrialização encomendada por terceiros ao estabelecimento não elegíveis ao benefício fiscal, o autuante afirma que se reportou na autuação exatamente à resolução ora discutida, sendo obedecido o que dispõe o inc. I, do art. 1º da Resolução PROBAHIA nº 81/2019.

Destaca que o imposto se comprova através da Resolução PROBAHIA nº 81/2019, em seu art. 1º, I o Crédito Presumido de 80% é concedido “NAS OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE CAIXAS PLÁTICAS” e não inclui os serviços de industrialização prestados a terceiros. É, portanto, para produção própria.

No que se refere à alegação relativa ao Cálculo do Crédito Presumido de ICMS efetuado mediante a multiplicação do percentual previsto na Resolução nº 81/2019 sobre valor incorretamente apurado relativo a ICMS, ressalta que a interpretação da autuada é de que o percentual de 80% (Crédito Presumido) deve ser aplicado sobre o saldo devedor do ICMS mensalmente apurado e não sobre o ICMS nas saídas de caixas plásticas cujo benefício está restrito no art. 1º, inc. I da Resolução PROBAHIA nº 81/2019. Segundo, reproduziu o art. 111 do CTN.

Aduz que o saldo devedor apurado é composto de valores que não integram a base de cálculo do Crédito Presumido; tais como, débito de ICMS nas saídas de sucatas, ICMS Diferença de Alíquota nas aquisições de bens e/ou materiais destinados a uso e/ou consumo do estabelecimento, estornos de créditos não vinculados ao projeto, e por aí vai. Assim, sustenta que esse argumento é desprovido de fundamentação legal e que a alegação defensiva se parece a medida procrastinatória.

Concluiu mantendo a autuação e pede a procedência do Auto de Infração.

Presente na sessão de julgamento, a representante legal do sujeito passivo, Dra. Luana Bonomi, OAB/SP 434.900, que em sua sustentação oral disse que foram lavrados dois Autos como relatado, sendo este o relativo ao valor devido ao FECEP/FUNCEP, oportunidade em que destacou o recente julgamento do Auto de Infração relativo ao crédito presumido, cujo acórdão se deu pela nulidade do lançamento e, considerando que os cálculos de ambos derivam de um mesmo procedimento fiscal, entende que este também contém vício de nulidade, oportunidade em que reitera os equívocos expostos na peça de impugnação e conclui com pedido de nulidade ou improcedência do lançamento fiscal.

É o relatório.

### VOTO

A acusação fiscal é que o contribuinte usou incentivo fiscal e não recolheu o valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988/2001, pois apurou o crédito presumido previsto no Decreto nº 18.802/18 – PROIND, em desconformidade com a Resolução PROBAHIA nº 81/2019, “que concedeu o percentual de 80% (oitenta por cento) do imposto nas operações de saídas de caixas plásticas, conforme demonstrativo Novel\_2019\_2020\_C\_Presumido” –, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado.

Impugnando o lançamento, o sujeito passivo suscitou preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de ampla defesa alegando: *a)* ausência das razões que motivaram a lavratura do Auto de Infração, de forma clara e objetiva, pois o enquadramento legal apenas indica a Lei nº 13.564/16 e Decreto nº 16.970/16, sem apontar os dispositivos dessas normas que teriam sido infringidos; *b)* embora o Auto de Infração tenha sido instruído com demonstrativo em excel, nenhuma das planilhas aponta de forma clara e expressa o erro cometido pela empresa autuada, especialmente quanto ao Decreto nº 16.970/16, que, conforme art. 1º, limita aplicação a (*I*) Programa DESENVOLVE; (*II*) créditos presumidos previstos no Decreto nº 6.734/97, não guardando relação com o benefício fiscal em tela, previsto na Resolução nº 81/2019, decorrente do quanto previsto no Decreto nº 18.802/2018, que instituiu o PROIND, o que fere o art. 142 do CTN e os artigos 18 e 39 do RPAF/99.

Também argumentou que a própria premissa da autuação não é relatada no Auto de Infração, nem há explicação ou fundamentação no sentido de justificar a razão de se ter considerado insuficientes os recolhimentos mensais efetuados para o FECEP/FUNCEP e, até mesmo que justifique o critério de cálculo que empregou para apurar as diferenças exigidas, omissões essas que explicitam a carência de motivação e fundamentação do Auto de Infração.

Por sua vez, para rebater a preliminar suscitada, o autuante apenas disse que “*a exigência é recolhimento a menor e não falta de recolhimento. Recolheu no período o FECEP só que em valor inferior ao apurado pela fiscalização*”.

Ao que interessa ao caso, com pertinentes destaques, cabe expor a seguinte normativa:

Código Tributário Nacional.

*Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

*Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.*

Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

*Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.*

(...)

**Art. 39. O Auto de Infração conterá:**

(...)

*V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:*

*a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;*

*b) tidos como infringidos;*

*c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;*

Pois bem. Ainda que a descrição da infração permita identificar do que o sujeito passivo está sendo acusado, analisando os autos, de fato se é de observar irregularidades formais e materiais que viciam o lançamento, senão vejamos:

A uma, porque efetuando o enquadramento legal apenas citando a Lei nº 13.564/16 que institui condição para concessão e manutenção de benefícios e incentivos fiscais ou financeiros relacionados ao ICMS e o Decreto nº 16.970/16 que regulamenta a Lei nº 13.564, de 20 de junho de 2016, definindo os procedimentos de cálculo e recolhimento do valor depósito destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001, mas cuida apenas de benefício e incentivo fiscal ou financeiro vinculados ao: I - programa - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001; II - créditos presumidos previstos no Decreto nº 6.734/1997, que não contempla a atividade da autuada, o procedimento fiscal ofende os dispositivos legais retro reproduzidos.

A duas, porque ainda que o autuante tenha descrito no corpo do Auto de Infração que o autuado apurou o crédito presumido em desconformidade com a Resolução nº PROBAHIA nº 81/2019, “que concedeu o percentual de 80% (oitenta por cento) do imposto nas operações de saídas de caixas plásticas, conforme demonstrativo Novel\_2019\_2020\_C\_Presumido, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao autuado”, no que se refere ao assunto, diferentemente a citada resolução concede o benefício fiscal nos seguintes termos: Art. 1º, I – Crédito Presumido – fixa em 80% (oitenta por cento) do imposto incidente o percentual de Crédito Presumido a ser utilizado pela empresa nas operações de saídas de caixas plásticas, pelo prazo de 8 (oito) anos, contados a partir de 1º de novembro de 2019, sendo que tal dispositivo tem que ser lido e interpretado em conjunto com o art. 2º do Decreto nº 18.802/2018, que instituiu o Programa de Estímulo à Indústria do Estado da Bahia – PROIND.

Ao que interessa e com meus destaques, o art. 2º do Decreto nº 18.802/2018, dispõe:

*Art. 2º O contribuinte industrial localizado neste Estado, que atenda às condições e aos requisitos estabelecidos neste Decreto, poderá utilizar o valor equivalente aos seguintes percentuais de crédito presumido aplicado sobre o saldo devedor, apurado em cada período fiscal, como redutor do imposto apurado pelo regime de conta corrente fiscal:*

(...)

**§ 1º O crédito presumido previsto no “caput” do art. 2º deste Decreto:**

(...)

*II – não se aplica, observado o disposto no § 2º do art. 2º deste Decreto:*

*a) à parcela do saldo devedor decorrente de:*

*1. saída de mercadoria:*

*1.1. adquirida ou recebida de terceiro; ou;*

*1.2. cujo processo de industrialização, ainda que parcial, tenha sido realizado em estabelecimento localizado em outra Unidade da Federação, observado o disposto no § 3º do art. 2º deste Decreto;*

2. prestação de serviço de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação;

(...)

§ 2º Para efeito do disposto no inciso II do § 1º do art. 2º deste Decreto, o percentual do crédito presumido previsto no “caput” deve ser aplicado sobre o saldo devedor do ICMS, apurado mês a mês, proporcionalmente às saídas das mercadorias objeto do benefício deste Decreto em relação ao total das saídas do estabelecimento beneficiário.

§ 3º Na hipótese de terceirização das etapas do processo industrial, a vedação prevista no item 1.2 da alínea “a” do inciso II do § 1º do art. 2º deste Decreto, não se aplica ao beneficiamento, acondicionamento, reacondicionamento ou renovação que seja desenvolvido como mera atividade complementar de um processo de transformação ou de montagem realizado no estabelecimento beneficiário do crédito presumido e encomendante da referida industrialização.

(...)

§ 5º Para fazer jus ao crédito presumido, a empresa deverá contribuir para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP, em valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor do crédito presumido escriturado.

Assim, tendo em vista que o valor a ser recolhido ao FUNCEP (10% do valor do benefício fiscal de 80%) é apenas a condição para fruição do benefício fiscal, vê-se, de logo, e sem análise de mérito quanto ou quais mercadorias produzidas/comercializadas pelo contribuinte devam compor o saldo devedor apurado mensalmente para cálculo do benefício fiscal de 80%, que tal benefício é um só, não havendo motivo lógico nem jurídico para sua partição em distintos lançamentos: um para eventual diferença relativa a cálculo incorreto do Crédito Presumido de 80% e outro relativo a eventual diferença devida e não recolhida ao FUNCEP.

Ademais, e nesse sentido, verificando a planilha suporte da autuação, tomando por exemplo o período novembro 2019, observo flagrante equívoco no cálculo do valor a ser recolhido ao FUNCEP, uma vez que invés de tê-lo em 10% do Crédito Presumido calculado, tem-se seu valor como 10% do saldo devedor de ICMS apurado no período – R\$ 317.730,95.

Por consequência, não havendo amparo normativo para a forma em que se efetuou o procedimento fiscal que resultou no Auto de Infração, o tenho como viciado, pois sem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Portanto, sem possibilidade de validade, de acordo com o art. 18, inc. IV, alínea “a” do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, ao tempo que, com fundamento no art. 156, do RPAF recomendo à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo de falhas.

#### VOTO DISCORDANTE

Peço a devida vénia ao i. relator para discordar parcialmente do brilhante voto, especificamente quanto à decisão pela nulidade do Auto de Infração.

Não obstante congratular com os motivos de nulidade abordados no voto, com as quais concordo, vejo obrigatório aplicar o que dispõe o art. 155, parágrafo único, *in verbis*.

*Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.*

*Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.*

Explico.

A acusação descrita pela autoridade fiscal é de que “*O contribuinte fez uso efetivo de incentivo fiscal e não recolheu o valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituído pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001*”.

Da leitura da acusação, pesar de não desfrutar da clareza e a objetividade necessária do

cometimento da infração, o verdadeiro motivo desta se revela e se confirma depois da análise do demonstrativo de débito e dos levantamentos fiscais que sustenta a infração, qual seja: o contribuinte deixou de recolher o adicional de dois pontos percentuais adicionais a alíquota do ICMS destinados ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza – FUNCEP, incidentes sobre os produtos e serviços especificados no art. 16, da Lei nº 7.014/96, com a redação decorrente desta Lei nº 7.988/2001, portanto o Auto de Infração exige exatamente o imposto correspondente a esse adicional de 2% a alíquota do ICMS.

A Lei nº 7.014/96 no seu art. 16-A, introduzido pela lei acima citada, assim, determina:

*Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.*

Ou seja, o adicional de 2% à alíquota do ICMS destinados ao FUNCEP, incide em determinadas mercadorias, conforme art. 15 da citada lei.

*Art. 15. As alíquotas do ICMS são as seguintes:*

*I - 18% (dezento por cento): (...)*

*Art. 16. Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes: (...)*

*II - 25% nas operações e prestações relativas a: (...)*

*b) bebidas alcoólicas;*

*c) ultraleves e suas partes e peças:*

*1 - asas-deltas;*

*2 - balões e dirigíveis;*

*3 - partes e peças dos veículos e aparelhos indicados nos itens anteriores;*

*d) embarcações de esporte e recreio, esquis aquáticos e jets-esquis;*

*e) óleo diesel e álcool etílico anidro combustível (AEAC)*

*g) joias (não incluídos os artigos de bijuteria):*

*1 - de metais preciosos ou de metais folheados ou chapeados de metais preciosos;*

*2 - de pérolas naturais ou cultivadas, de pedras preciosas ou semipreciosas, de pedras sintéticas ou reconstituídas;*

*h) perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia, exceto lavanda, seiva-de-alfazema, loções após-barba e desodorantes corporais simples ou antiperspirantes;*

*i) energia elétrica;*

*j) pólvoras propulsivas, estopins ou rastilhos, cordéis detonantes, escorvas (cápsulas fulminantes), espoletas, bombas, petardos, busca-pés, estalos de salão e outros fogos semelhantes, foguetes, cartuchos, exceto: dinamite e explosivos para emprego na extração ou construção, foguetes de sinalização, foguetes e cartuchos contra granizo e semelhantes, fogos de artifício e fósforos; (...)*

*IV - 38% (trinta e oito por cento) nas operações com armas e munições, exceto as destinadas às Polícias Civil e Militar e às Forças Armadas.*

*V - 26 % (vinte e seis por cento) nos serviços de telefonia, telex, fax e outros serviços de telecomunicações, inclusive serviço especial de televisão por assinatura. (...)*

*VII - 28% (vinte e oito por cento) nas operações com cigarros, cigarrilhas, charutos e fumos industrializados;*

Por óbvio, a autuada não fabrica, tampouco comercializa estes produtos.

Contudo, o Decreto nº 18.802, de 20 de dezembro de 2018, que institui o Programa de Estímulo à Indústria do Estado da Bahia – PROIND, estabelece no seu art. 2º, § 5º:

*Art. 2º O contribuinte industrial localizado neste Estado, que atenda às condições e aos requisitos estabelecidos neste Decreto, poderá utilizar o valor equivalente aos seguintes percentuais de crédito presumido aplicado sobre o saldo devedor, apurado em cada período fiscal, como redutor do imposto apurado pelo regime de conta corrente fiscal:*

*I - 50% (cinquenta por cento), no caso de estabelecimento localizado nas regiões metropolitanas de Salvador e Feira de Santana;*

*II - 65% (sessenta e cinco por cento), no caso de estabelecimento localizado nas demais regiões do Estado.  
(...)*

*§ 5º Para fazer jus ao crédito presumido, a empresa deverá contribuir para o Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FUNCEP, em valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor do crédito presumido escriturado.*

Portanto, o recolhimento ao FUNCEP pelas empresas beneficiárias do Programa PROIND, se constitui uma condição para que o mesmo usufrua dos benefícios fiscais financeiros na forma concedida pela exigida Resolução do Conselho Deliberativo do PROBAHIA.

Trata-se, portanto, de implemento de condição, pois, a satisfação das condições estabelecidas no Decreto nº 18.802/2018, ou seja, o recolhimento ao FUNCEP, em valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor do crédito presumido escriturado, habilita o contribuinte a usufruir dos benefícios.

Caso o contribuinte, decida, por qualquer motivo, não efetuar o recolhimento ao FUNCEP, automaticamente deixará de usufruir dos benefícios do PROIND e aí caberá à Fiscalização exigir o ICMS devido como se o contribuinte não fosse beneficiário, mas jamais o recolhimento ao FUNCEP, em valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor do crédito presumido escriturado, como se exige no presente Auto de Infração, portanto se exige do contribuinte um valor que não tem obrigação de adimplir, mas de proceder ao recolhimento para se habilitar a usufruir dos benefícios do PROIND.

Destarte, com base no art. 155, parágrafo único do RPAF/99, acima transcrito, ultrapasso a nulidade e tenho o Auto de Infração como improcedente.

Esse é o meu voto.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unanime, julgar NULO o Auto de Infração nº **087016.0001/22-8**, lavrado contra **PLÁSTICOS NOVEL DO NORDESTE LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR / VOTO DIVERGENTE