

PROCESSO	- A. I. N° 206900.0009/19-7
RECORRENTE	- BORRACHAS VIPAL NORDESTE S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2 ^a JJF n° 0205-02/21-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 24/03/2023

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0057-12/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO DE SAÍDA NÃO ESCRITURADA NO LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Quando autorizada a emissão, a NF-e só pode ser cancelada nos termos do art. 92 e § 1º do RICMS-BA. A alegação de “status de NF inutilizada” nos registros internos do sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. INCENTIVOS FISCAIS. BENEFÍCIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. RECOLHIMENTO A MENOS. A Instrução Normativa DAT n° 27/2009 dispõe a forma a forma de apuração do imposto envolvido no DESENVOLVE e os demonstrativos de apuração comparativos apresentados pelo Impugnante, bem como na própria Impugnação admite equívocos que resultaram na diferença indevidamente dilatada. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS DE ENTRADA. FALTA DE REGISTRO NO LRE. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração reconhecida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Decretada, de ofício, a redução da multa na infração 1 (não objeto do recurso), de 100% para 60%, devido a alteração da legislação a partir de abril de 2012, portanto, aplica-se alteração para o art. 42, II, “f” da Lei n° 7.014/96. Modificada, de ofício, a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Auto de Infração **Procedente em Parte.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 26/12/2019, no valor de R\$ 113.246,17, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 02.01.02: Deixou de recolher, no prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de agosto de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.357,10, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei n° 7.014/96.

Consta que se refere à falta de lançamento da NF-e 148.302 na EFD.

Infração 02 - 03.08.04: Recolheu a menor o ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa Desenvolve, nos meses de julho e outubro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 96.359,76, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei n° 7.014/96.

Infração 03 - 16.01.06: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2018, sendo aplicada multa no valor de R\$ 6.529,31, correspondente a 1% das entradas não registradas, prevista no Art. 42, IX, da Lei n° 7.014/96.

A 2^a JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão n° 0205-02/21-VD (fls. 171 a 196), com base no voto a seguir transscrito:

“Conforme acima relatado, o AI processado exige o valor de R\$ 113.246,17, acusando 03 (três) infrações à

legislação do ICMS, sendo que a Infração 03 foi expressamente reconhecida pelo Impugnante e, por isso, não integra a lide instituída neste processo administrativo fiscal.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos e recibos de fls. 03, 04, 15, 22, 25, 53 e 127, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 10-51 e CD de fl. 52); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Em preliminar o Impugnante suscitou nulidade para a Infração 02 por afronta às disposições do art. 142 do CTN, alegando que as autoridades fiscais autuantes se limitaram a consignar que o imposto seria devido, apresentando diversas planilhas de cálculos, deixando de comprovar efetivamente a forma de realização dos cálculos e confecção das planilhas, não realizando a subsunção do fato à norma tributária, subtraindo do Impugnante os elementos identificadores do objeto da obrigação tributária, indispensáveis ao exercício de seu direito de defesa.

Contudo, para o caso, como veremos na apreciação de mérito, nada mais há sem fundamento lógico-jurídico em tal arguição, pois o caso é de mero ajuste no mesmo procedimento prévio de liquidação da obrigação tributária sob efeito das regras do programa DESENVOLVE aplicando os parâmetros estabelecidos na IN 27/09 usados por ambos (contribuinte autuado e autoridades fiscais autuantes), cujas adequações/ajustes ocorreram em alguns dos dados contidos na EFD elaborada e fornecida ao fisco pelo contribuinte, cujo pagamento ocorre com possibilidade de dilação de prazo a título de incentivo à atividade industrial do sujeito passivo (parcela beneficiada) e de recolhimento periódico regular (parcela não beneficiada), em conformidade com a resolução que lhe tenha sido outorgada, de modo que como inclusive demonstra em sua longa peça de defesa, ao contrário do alegado, o sujeito passivo, além dos dados envolvidos no levantamento fiscal, possui o pleno conhecimento do procedimento cuja nulidade alega e rejeita, tendo em vista a clareza da ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta, explicitados nos autos, tudo em conformidade com a legislação da espécie.

De pronto, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros desta Junta estão presentes nos autos. Com fulcro no art. 147, I, “a”, indefiro o pedido de diligência formulado.

Quanto ao mérito, é de se ter o seguinte:

Infração 01 (falta de pagamento de ICMS relativo à NF-e de saída 148302 emitida em 30/08/2018).

A alegação defensiva é que, em que pese autorizada – e se autorizada é porque pediu ao fisco a necessária autorização para emitir a NF-e – ela se encontra no sistema interno do contribuinte autuado com o “status de não utilizada”, razão pela qual não a encriturou no SPED FISCAL.

Pois bem. Ocorre que a NF-e emitida em 30/08/2018 registra uma regular operação tributável tanto na Escrituração Fiscal Digital feita pelo contribuinte no ambiente virtual da NF-e. de modo que para que se efetive os efeitos da alegação defensiva, indispensavelmente ela há que ser provada nos termos indicados no art. 123, § 5º, do RPAF, o que não foi feito neste caso.

De outra parte, quando autorizada, o eventual cancelamento do respectivo documento eletrônico, bem como a não realização da operação exposta em NF-e há que atender a normativa prevista no RICMS-BA: Art. 93 e/ou seu § 1º.

Assim, considerando que contrariando as provas autuadas o Impugnante apresenta uma simples negativa do cometimento da infração acusada, com respaldo nos arts. 141 e 143, do RPAF, constato a subsistência da Infração 01.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

...

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Infração 02 (recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na determinação da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo DESENVOLVE)

Apresentando demonstrativos de apuração do imposto para os períodos da autuação (os que fez de modo tempestivo e os elaborados pelas Autoridades Fiscais autuante como suporte para o lançamento tributário em apreço), fazendo comparativos visando elidir a acusação fiscal, o Impugnante destaca divergências na composição dos dados que resultam em diferentes resultados, ainda que ambos devam atender às disposições da IN 27/09.

De logo, destaco que a auditoria fiscal da qual resultou a exação, sem qualquer manipulação que os altere, tem por base dados extraídos da Escrituração Fiscal Digital – EFD elaborada e repassada ao fisco pelo contribuinte autuado, cujo valor jurídico é retratar sua real e efetiva movimentação empresarial com repercussão fiscal.

Observando que por estar perfeitamente de acordo com o disciplinamento indicado na IN 27/09, no que diz respeito ao critério de apuração do ICMS derivado de operações envolvidas no DESENVOLVE, alinho-me com o posicionamento externado pelos autuantes na informação fiscal de fls. 103-109, tendo em vista a procedência das razões de fato e de direito ali aduzidas.

“O saldo devedor mensal do ICMS a recolher passível de incentivo pelo DESENVOLVE será apurado pela seguinte fórmula:

SDPI = SAM - DNVP + CNVP, onde:

SDPI = saldo devedor passível de incentivo pelo DESENVOLVE;

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

DNVP = débitos fiscais não vinculados ao projeto aprovado”.

Compulsando os autos e analisando o contraditório instalado, observa-se que o centro da questão está nos valores relativos a alguns CFOP's (especialmente o 1.949), cuja decomposição em conformidade com a IN 27/09 feita pelas Autoridades Fiscais consta no demonstrativo “NOTAS FISCAIS DE CRÉDITOS NAS AQUISIÇÕES DE ENÉRGIA ELÉTICA, FRETES e LUBRIFICANTES (ST) REFERENTE OPEAÇÕES VINCULADAS AO PROJETO LANÇADAS INDEVIDAMENTE NO CFOP 1.949” (fl. 23).

Nesse sentido, passo a apreciar as divergências apontadas pelo Impugnante na sequência que se apresentam:

Ocorrências 31/07/2018

(a.) - CFOP's 5.102, 6.102 – Erro Formal

Neste item a autuada informa que os valores de R\$ (3.464,41 + 12.416,58) excluído do cálculo do benefício por força do item 2.2.1 contém saídas de produtos da produção própria na quantia de R\$ 3.525,43, argumento que descarto por duas razões.

A uma, porque qualquer erro que eventualmente se apresente na EFD (cujo efeito jurídico é retratar fidedignamente o movimento empresarial com repercussão fiscal) há que ser sanado dentro das regras específicas para tanto, especialmente as contidas no Ajuste SINIEF 02/2009, especialmente sua Cláusula Décima terceira, ratificada pelo art. 251 do RICMS-BA.

A duas, porque também operando revenda de produtos adquirido de terceiros, comprovado inclusive, pela existência de outros valores no CFOP, a Impugnação não apresenta elementos de prova documental a corroborar a alegação defensiva nos termos indicados no art. 123, do RPAF.

(b.) - CFOP's 5.949 e 6.949

A autuada informa que a divergência ocorre em razão de valores de baixa de inventário e da venda de câmeras de ár. Também refuto o argumento defensivo, visto que, vendas de produtos - vendas de Câmera de Ár, sejam de produção própria ou de terceiros não podem ser classificadas no CFOP 5.949 ou 6.949. Ademais, o item 2.1.23 da IN 27/09 textualmente exclui os valores dos CFOP's 5.949 e 6.949 relativos aos débitos vinculados ao projeto.

“2.1.23. Outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços - 5.900 e 6.900 (exceto dos códigos 5.910, 5.911, 6.910 e 6.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado); (Redação dada ao subitem pela Instrução Normativa SAT nº 50, de 25.10.2010, DOE BA de 26.10.2010)”.

(c.) FUNDO DE COMBATE À POBREZA

Os débitos fiscais referentes ao FCP estão definidos no item 2.1.28 da IN. 27/09. Observando-se a folha 13 do

presente PAF, constata-se a correta classificação que os Autuantes deram ao valor em lide.

Ressalve-se que o valor do recolhimento do Fundo de Combate à Pobreza foi de R\$ 10.686,95 (vide anexo A1 – extrato do sistema de controle de arrecadação da SEFAZ-BA), conforme lançado no demonstrativo do cálculo do desenvolve e não o valor de R\$ 139.238,60 informado pela autuada (pag. 23).

2.1.28. Valor relativo à parcela do imposto vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza; (Subitem acrescentado pela Instrução Normativa SAT nº 54, de 28.10.2009, DOE BA de 29.10.2009)

(d.) – CFOP's 1.411 e 2.411

Contrariando a alegação defensiva, o RESUMO DOS CFOP's os valores expostos na sua EFD (fl. 12), indicam que correto está o demonstrativo de fl. 14 – DESENVOLVE –APURAÇÃO DO SALDO DEVEDOR PASSÍVEL DE INCENTIVO – JULHO 2018.

(e.) - CFOP's 1.352 e 2.352 – Fretes

Ressalvando que os valores das aquisições de serviço de transporte (fretes) totalizam R\$ 47.104,99, conforme registros da EFD (pag.12) e não R\$ 718,91 apresentado pela autuada no demonstrativo “APURAÇÃO VIPAL” colado na Impugnação (fl. 77), no demonstrativo de fl. 12 do PAF (RESUMO DOS CFOP's expostos na sua EFD) relativos aos CFOP's em referência são: R\$ 4.268,06 e R\$ 42.836,93.

De outra parte, observando o item 2.2.12 da I.N. 27/09, constata-se que os valores referidos são as exceções, e devem ser excluídos dos créditos fiscais não vinculados ao projeto (CNVP).

2.2.12. Aquisições de serviços de transporte - 1.350 e 2.350, exceto a classificada no subitem 1.352 e 2.352 (aquisição de serviço de transporte por estabelecimento industrial);

(f.) – CFOP's 1.949 e 2.949

Neste item, como dito pelos Autuantes, adotou-se o que determina o item 2.2.21 da IN 27/09, ou seja, foram acatados os registros existentes da EFD.

2.2.21. Outras entradas de mercadorias ou aquisições de serviços -1.900 e 2.900 (exceto dos códigos 1.910, 1.911, 2.910 e 2.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado);

(g.) CFOP's 1.410 e 2.410

Os valores lançados na EFD para estes CFOP's totalizam R\$ 130,51 (fl. 12). O item 2.2.13 da I.N. 27/09 determina sua exclusão do cálculo, de modo que correto está a classificação dada no demonstrativo da apuração (fl. 15).

2.2.13. Entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária - 1.400 e 2.400, exceto as classificadas nos subitens 1.401, 2.401 (compra para industrialização ou produção rural em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) e 1.408, 2.408 (transferência para industrialização ou produção rural em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária);

Ocorrências em 31/10/2018

(a.) CFOP's 5.949 e 6.949

Os valores que constam da EFD (fl. 19) são R\$ 35.345,18 e R\$ 546,80, totalizando R\$ 35.891,98, referente aos CFOP's acima citados, estando os mesmos devidamente alocados no cálculo do Desenvolve. Os valores utilizados pela autuada em sua defesa estão, de fato, desconectados com a realidade das informações constantes da EFD. Também, como dito pelos Autuantes, não consta da EFD a informação de que tenha utilizado o estorno de crédito no valor de R\$ 1.714,26 sobre energia elétrica.

Na página 23 do PAF (DEMONSTRATIVO DE CRÉDITOS NAS AQUISIÇÕES DE ENÉRGIA ELÉTICA, FRETES e LUBRIFICANTES (ST) REFERENTE OPERAÇÕES VINCULADAS AO PROJETO LANÇADAS INDEVIDAMENTE NO CFOP 1.949) se constata que os créditos de energia foram na razão de R\$ 136.605,75, como afirmam os Autuantes.

(b.) – FUNDO DE COMBATE A POBREZA PAGO SOBRE ENERGIA

O valor do fundo de combate a pobreza pago, conforme registros existentes na SEFAZ, foi R\$ 10.708,86 - (vide Anexo A1, fl. 113 – extrato do sistema de controle de arrecadação da SEFAZ-BA), estando o valor corretamente lançado no demonstrativo do cálculo do desenvolve (DESENVOLVE – APURAÇÃO DO SALDO DEVEDOR PASSÍVEL DE INCENTIVO – 2018 – OUTUBRO, pag. 20). O valor do crédito de energia conforme acima citado foi no valor de R\$ 136.605,75.

(c.) CFOP's 1.949 e 2.949

Neste item, igual para a apuração de julho 2018, adotou-se o que determina o item 2.2.21 da IN 27/09, ou seja,

foram acatados os registros existentes da EFD.

2.2.21. Outras entradas de mercadorias ou aquisições de serviços - 1.900 e 2.900 (exceto dos códigos 1.910, 1.911, 2.910 e 2.911 quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado);

(d.) CFOP's 1.410 e 2.410

Os valores lançados na EFD para estes CFOP's totalizam em R\$ 15.478,69 (fl. 19). O item 2.2.13 da I.N. 27/09 determina sua exclusão do cálculo, de modo que correta está a classificação dada no demonstrativo da apuração (fl. 15).

2.2.13. Entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária - 1.400 e 2.400, exceto as classificadas nos subitens 1.401, 2.401 (compra para industrialização ou produção rural em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) e 1.408, 2.408 (transferência para industrialização ou produção rural em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária);

Sobre a DEFESA SUCESSIVA: DO PAGAMENTO DO ICMS

A alegação é que não há imposto devido, pois, tempestiva e oportunamente, a empresa apurou e recolheu o ICMS, uma vez que entende explicadas/justificadas as divergências, de modo que deve ser considerada a integralidade do pagamento realizado, sob pena de bis in idem, “**configurando, assim, clara tentativa de locupletamento do Estado**”, ainda que expressando “se equivocada a conduta da ora Impugnante, apenas incorreu a Contribuinte em mera postergação do pagamento da exação exigida, de modo que a sua conduta não gerou qualquer tipo de dano ao Erário Público Estadual”, com o que não se deve desconsiderar a apuração não incentivada realizada no prévio levantamento do ICMS mensal e dilatado que fez.

Sem embargo, o Impugnante erra em tal argumento, pois, como pontuado no introito deste voto, o caso em sede de revisão neste órgão administrativo judicante é um lançamento *ex officio* no sentido de homologar a previa apuração e consequente liquidação de obrigação tributária originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial, situação em que, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados – como os pagamentos anteriores realizados pelo sujeito passivo em face às suas prévias apurações -, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN), de modo que como se vê na descrição da infração (recolhimento a menos de ICMS), a exação se limita às diferenças devidas e não recolhidas oportunamente, em função dos verificados equívocos cometidos pelo contribuinte quando da preliminar apuração das parcelas sujeitas aos benefícios do DESENVOLVE. Tenho, pois, a Infração 02, como subsistente.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 206 a 238), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, após um breve relato dos fatos, informou ter efetuado o pagamento do valor exigido na Infração 03 e suscitou a nulidade da Infração 02, por cerceamento de defesa e afronta direta ao princípio da motivação, já que os Autuantes se limitaram a consignar que o imposto seria devido, apresentando diversas planilhas, mas sem comprovar a forma de realização dos cálculos e confecção das referidas planilhas.

No mérito, alegou a insubsistência da Infração 01, pois não houve de fato a operação consignada na Nota Fiscal nº 148.302, ou seja, não ocorreu a venda da produção (produtos com NCM 4012.90.90) e, embora a nota fiscal se encontre autorizada, seu sistema interno indica que foi inutilizada, razão pela qual não foi escriturada no SPED e não há valor de ICMS a recolher.

Disse que no âmbito do processo tributário administrativo deve-se sopesar ou relevar determinados formalismos, com vistas a buscar a verdade material, bastando verificar as declarações do suposto destinatário para confirmar que não foram utilizados os créditos fiscais do imposto nem foi recebida ou escriturada tal Nota Fiscal, cujo valor de ICMS de R\$ 10.357,10 é insignificante quando comparado com o montante recolhido ao longo dos anos.

No tocante à Infração 02, explicou que a exigência não merece subsistir, detalhando as divergências por data de ocorrência e CFOP. Assim, em relação à data de ocorrência de 31/07/2018, disse que:

CFOPs 5.102 e 6.102: ocorreu erro formal na emissão de algumas notas fiscais, com valor de ICMS

de R\$ 3.525,43, em que tais CFOPs foram utilizados para acobertar saídas de produtos incentivados, acostando parte da Nota Fiscal nº 146.266.

CFOPs 5.949 e 6.949: foram estornados créditos fiscais de sucateamento de itens, sendo procedida a baixa de produtos do inventário que fazem parte do Programa DESENVOLVE, conforme as Notas Fiscais nºs 1.035 e 1.036, bem como a exclusão de débito de ICMS não incentivado no valor de R\$ 63.672,84, referente a vendas de câmaras de ar, não contempladas no projeto.

FUNDO DE COMBATE A POBREZA PAGO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA: os créditos de ICMS relativos a esta questão são apurados de forma apartada, por ter sido recolhido via substituição tributária, cuja sistemática prevê o seu recolhimento no momento da entrada.

CFOPs 1.411 e 2.411: se referem a devoluções de câmaras de ar que, por não se tratarem de produtos incentivados, apresentou a exclusão dos valores.

CFOPs 1.352 e 2.352: se referem a serviços de transportes de mercadorias adquiridas para industrialização de produtos não incentivados, com ICMS no valor de R\$ 718,91, que deve ser adicionado na apuração da parcela a ser diferida.

CFOPs 1.949 e 2.949: foram desconsideradas notas de ajustes sobre parcela do ativo imobilizado e aquisições de fornecedores do Simples Nacional, no valor de R\$ 12.541,62, sendo que os bens adquiridos são vinculados à produção incentivada, assim como os insumos adquiridos das empresas do Simples Nacional são incentivados.

CFOPs 1.410 e 2.410: se referem a devolução de vendas com substituição tributária de produtos incentivados, sendo dado o mesmo tratamento das vendas de produção incentivadas.

E, em relação à data de ocorrência de 31/10/2018, afirmou que:

CFOPs 5.949 e 6.949: foram estornados créditos fiscais referentes à baixa de produtos do inventário que fazem parte do Programa DESENVOLVE e a exclusão de débito de ICMS não incentivado, referente a vendas de câmaras de ar, não contempladas no projeto, bem como estornado o crédito de ICMS no valor de R\$ 1.714,26, correspondente ao percentual de energia elétrica utilizado nas suas atividades administrativas, conforme laudo que apresentou.

FUNDO DE COMBATE A POBREZA PAGO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA: os créditos de ICMS relativos a esta questão são apurados de forma apartada, por ter sido recolhido via substituição tributária, cuja sistemática prevê o seu recolhimento no momento da entrada.

CFOPs 1.949 e 2.949: foram desconsideradas notas de ajustes sobre parcela do ativo imobilizado e aquisições de fornecedores do Simples Nacional, sendo que os bens adquiridos são vinculados à produção incentivada, assim como os insumos adquiridos das empresas do Simples Nacional são incentivados.

CFOPs 1.410 e 2.410: se referem a devolução de vendas com substituição tributária de produtos incentivados, pneus de moto, sendo dado o mesmo tratamento das vendas de produção incentivadas.

Asseverou que ao serem verificados supostos equívocos incorridos na parcela sujeita aos benefícios do Programa DESENVOLVE, não pode ser desconsiderada a apuração não incentivada, ensejando verdadeiro *bis in idem*, violando o princípio da não cumulatividade, sendo que apenas teria ocorrido mera postergação do pagamento da exação exigida.

Requeru a extinção do débito da Infração 03, a nulidade da Infração 02 e o cancelamento integral do Auto de Infração, bem como a possibilidade de juntada de novos documentos e a realização de diligência para análise da apuração do débito exigido na Infração 02, face a sua complexidade.

Registro a presença no julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Matheus Lima Zomer, OAB/RS nº 97.877.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em razão da falta de recolhimento do ICMS relativo à Nota Fiscal nº 148.302, não escriturada nos livros fiscais, e do recolhimento a menor da parcela do imposto apurado na forma prevista no Programa DESENVOLVE, bem como aplicar multa pela falta de registro de notas fiscais de entrada.

Ressalto que a multa aplicada na Infração 03, referente à falta de registro de notas fiscais de entrada, não é objeto do Recurso Voluntário, visto que foi reconhecida e foi efetuado o seu pagamento (fls. 156 e 157).

Observo que não foram juntados novos documentos após a apresentação do Recurso Voluntário, bem como que foram integralmente reiteradas as alegações de sua Defesa.

Preliminamente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Também constato que o Autuado tem plena consciência da acusação que lhe foi imposta, efetuando sua Defesa de forma detalhada e específica, demonstrando que não ocorreu o alegado cerceamento de defesa nem o vício de motivação.

Portanto, afasto a nulidade suscitada.

Ressalto que a análise dos pedidos de diligência e perícia compete aos julgadores, os quais estão vinculados às suas convicções, podendo os mesmos serem denegados nos termos do Art. 147, I, "a" e II, "b" do RPAF/99, entre outros motivos, quando os julgadores entenderem que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação ou as provas pretendidas são desnecessárias em vista de outras provas produzidas, não cabendo a nulidade da Decisão em caso de indeferimento do pedido.

Além disso, consoante os termos do Art. 147, I, "a" do RPAF/99, os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação. Portanto, indefiro o pedido de diligência, já que o motivo aduzido não é suficiente para embasar tal pedido, afinal as provas apresentadas podem ser verificadas no julgamento ou poderiam ter sido trazidas pelo próprio Autuado.

No mérito, em relação à Infração 01, ressalto que os formalismos na escrituração fiscal são importantes, pois são o que espelham a verdade material das operações dos contribuintes, sendo que o cancelamento de uma nota fiscal pelo emitente, bem como o registro de desconhecimento da operação pelo destinatário, devem ser efetuados nas formas previstas na legislação, respectivamente no Art. 92 do RICMS/12 e nos §§ 16 e 17, do Art. 89 do mesmo diploma regulamentar.

Verifico que a Nota Fiscal nº 148.302, emitida em 30/08/2018, no valor total de R\$ 57.539,33, ICMS no valor de R\$ 10.357,10, se encontra autorizada no Ambiente Nacional da NF-e, tendo sido indicado inclusive o transportador das mercadorias, e não consta que o destinatário tenha comunicado o seu não recebimento.

Portanto, a verdade alegada, ou seja, a não circulação das mercadorias, não foi provada pelo Autuado, motivo pelo qual mantenho a exigência contida na Infração 01, conforme previsto no Art. 143 do RPAF/99.

No tocante à Infração 02, referente ao recolhimento a menor da parcela do imposto apurado na forma prevista no Programa Desenvolve, o Acórdão recorrido já trouxe a forma de apuração e as divergências questionadas. Entretanto, voltarei a analisar cada um dos argumentos.

CFOPs 5.102 e 6.102 (mês 07/2018): o Autuado alegou ter ocorrido erro formal na emissão de algumas notas fiscais, com valor de ICMS de R\$ 3.525,43, em que tais CFOPs teriam sido utilizados para acobertar saídas de produtos incentivados, acostando parte da Nota Fiscal nº 146.266.

O Ajuste SINIEF vigente à época dos fatos, Convênio S/Nº, de 15/12/1970, determinava que fossem classificadas nos códigos 5.102 e 6.102 as vendas de mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros para industrialização ou comercialização, que não tenham sido objeto de qualquer processo industrial no estabelecimento.

Para ocorrer a alteração do CFOP nos documentos fiscais e na EFD, seria necessário provar que não se trata de produtos revendidos, e sim produzidos pelo Autuado, obedecendo os ritos previstos nos Arts. 42 e 251 do RICMS/12.

CFOPs 5.949 e 6.949 (meses 07 e 10/2018): o Autuado alegou que foram estornados créditos fiscais referentes à baixa de produtos do inventário que fazem parte do Programa DESENVOLVE, bem como a exclusão de débito de ICMS não incentivado referente a vendas de câmaras de ar, não contempladas no projeto, e estornado o crédito de ICMS no valor de R\$ 1.714,26, no mês 10/2018, correspondente ao percentual de energia elétrica utilizado nas suas atividades administrativas.

O Ajuste SINIEF vigente à época dos fatos, Convênio S/Nº, de 15/12/1970, determinava que fossem classificadas nos códigos 5.949 e 6.949 as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos demais códigos.

As vendas de mercadorias, sejam de produção própria ou adquiridas de terceiros, e as baixas de estoque não podem ser classificadas nos referidos CFOPs, mas nos CFOPs 5.101/6.101, 5.102/6.102 e 5.927, respectivamente.

Quanto ao alegado estorno de energia elétrica, os valores creditados estão destoantes dos valores apresentados pelo Autuado, pois houve crédito fiscal tanto com o CFOP 1.252, no valor de R\$ 49.119,60, quanto com o CFOP 1.949, no valor de R\$ 136.605,75 (fl. 19).

FUNDO DE COMBATE A POBREZA PAGO SOBRE ENERGIA ELÉTRICA (meses 07 e 10/2018): o Autuado afirmou que os créditos de ICMS relativos a esta questão são apurados de forma apartada, por ter sido recolhido via substituição tributária, cuja sistemática prevê o seu recolhimento no momento da entrada.

Entretanto, conforme estabelecido no item 2.1.28 da Portaria nº 27/09, o valor relativo à parcela do imposto vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza deve ser indicado como débito fiscal não vinculado ao projeto aprovado (DNVP).

CFOPs 1.411 e 2.411 (mês 07/2018): o Autuado disse que se referem a devoluções de câmaras de ar que, por não se tratarem de produtos incentivados, pugnou pela exclusão dos valores, mas não há operações com este CFOP, conforme pode ser observado no demonstrativo (fl. 12).

CFOPs 1.352 e 2.352 (mês 07/2018): o Autuado aduziu que se referem a serviços de transportes de mercadorias adquiridas para industrialização de produtos não incentivados, com ICMS no valor de R\$ 718,91, que deve ser adicionado na apuração da parcela a ser diferida.

Considerando que o valor lançado nos CFOPs 1.352 e 2.352 são, respectivamente, R\$ 4.268,06 e R\$ 42.836,93, mais uma vez o Autuado não conseguiu provar suas alegações, conforme o Art. 143 do RPAF/99.

CFOPs 1.949 e 2.949 (meses 07 e 10/2018): o Autuado relatou que foram desconsideradas notas de ajustes sobre parcela do ativo imobilizado e aquisições de fornecedores do Simples Nacional, no valor de R\$ 12.541,62, no mês 07/2018, aduzindo que os bens adquiridos são vinculados à produção incentivada, assim como os insumos adquiridos das empresas do Simples Nacional são incentivados.

Conforme estabelece o item 2.2.21 da Portaria nº 27/09, o valor relativo a outras entradas de mercadorias ou aquisições de serviços - CFOPs 1.900 e 2.900 (exceto dos códigos 1.910, 1.911, 2.910 e 2.911, quando os produtos estiverem vinculados aos investimentos constantes do projeto aprovado), deve ser indicado como crédito fiscal não vinculado ao projeto aprovado (CNVP).

Analizando os demonstrativos (fls. 12 e 19), vejo que agiu corretamente o Autuante em considerar como não vinculadas ao projeto aprovado as operações com o CFOP 1.949, sendo que não há

operações com o CFOP 2.949.

CFOPs 1.410 e 2.410 (meses 07 e 10/2018): o Autuado alegou que se referem a devolução de vendas com substituição tributária de produtos incentivados, sendo dado o mesmo tratamento das vendas de produção incentivadas.

O Ajuste SINIEF vigente à época dos fatos, Convênio S/Nº, de 15/12/1970, determinava que fossem classificadas nos códigos 1.410 e 2.410 as devoluções de produtos industrializados ou produzidos pelo próprio estabelecimento, cujas saídas tenham sido classificadas como “*Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária*”.

Conforme estabelece o item 2.2.13 da Portaria nº 27/09, o valor relativo a entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária - CFOPs 1.400 e 2.400, exceto os CFOPs 1.401 e 2.401 (compra para industrialização ou produção rural em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária) e os CFOPs 1.408 e 2.408 (transferência para industrialização ou produção rural em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), deve ser indicado como crédito fiscal não vinculado ao projeto aprovado (CNVP).

Analizando os demonstrativos (fls. 12 e 19), vejo que agiu corretamente o Autuante em considerar como não vinculadas ao projeto aprovado as operações com os CFOP 1.410 e 2.410.

Caso tais operações de devolução fossem consideradas incentivadas, o Autuado teria benefício potencializado em razão de devoluções de vendas incentivadas, cujas saídas ocorreram com benefício, e teria duplicidade do benefício ao abater estes créditos fiscais das novas operações incentivadas.

Quanto ao alegado *bis in idem*, ressalto que os eventuais recolhimentos a maior, acaso efetuados, devem ser objeto de pedido de restituição especificando os supostos valores recolhidos a maior, tendo em vista que ainda não foram atingidos pela decadência.

Observo e decreto, de ofício, a redução da multa na infração 1 (não objeto do recurso), de 100% para 60%, devido a alteração da legislação a partir de abril de 2012, portanto, aplica-se alteração para o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, de forma a manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206900.0009/19-7, lavrado contra BORRACHAS VIPAL NORDESTE S.A., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 106.716,86, acrescido das multa de 60%, previstas no Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 6.529,31, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS