

A. I. Nº - 206973.0015/22-8
AUTUADO - INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.
AUTUANTE - CRIZANTO JOSÉ BICALHO e IVANA MARIA MELO BARBOSA
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 03/04/2023

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF Nº 0046-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. O Autuado não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Não acatadas nulidades arguidas. Indeferido pedido de diligência e/ou perícia técnica. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 30/06/2022, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 159.502,29, acrescido da multa de 60%, tendo em vista a constatação da irregularidade abaixo citada:

Infração 1 – 003.008.042. - recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, nos meses de julho a dezembro de 2017.

O autuado, através de advogado, impugna o lançamento às fls.17/33. Contesta a autuação dizendo da tempestividade da sua defesa administrativa. Diz que vem, respeitosamente, apresentar impugnação ao Auto de Infração, pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos, requerendo seja processada e remetida à Autoridade Julgadora de Primeira Instância.

Afirma que apesar de sempre ter diligenciado, no sentido de bem cumprir suas obrigações fiscais perante a Fazenda Estadual, teve contra si imputado o cometimento de ilícito fiscal referente ao recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do ICMS dilatado com os benefícios do Programa DESENVOLVE, em dissonância com o disposto nos arts. 37 e 38 da Lei 7.014/96 c/c os arts. 29 e 39 do Decreto Nº 8.205/02 - Regulamento do DESENVOLVE.

Aduz como indevida a cobrança de ICMS sobre os produtos indicados no Auto de Infração, que foram equivocadamente incluídos na base do DESENVOLVE, rechaçando, inclusive, os cálculos de apuração do *quantum debeatur*. Nesse sentido, afirma que o feito fiscal não merece prosperar, haja vista que conforme restará evidenciado, está eivado de nulidades e incorreções, impondo-se a total improcedência da autuação.

Explica que no ato administrativo designador de lançamento tributário, a autoridade fazendária deverá declarar todos os aspectos inerentes à relação jurídico-tributária formada com a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, prevista hipoteticamente na lei de competência do ente político tributante, nos termos do art. 142 do CTN.

Diz que a indicação de todos os elementos que circundam a relação jurídico-tributária, é imprescindível para o exercício do controle da legalidade da atividade administrativa de lançamento, bem como, para o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa pelo autuado. Diante da verificação do cometimento de infração tributária, o agente fiscal deverá lavrar o auto de infração com a indicação das normas tidas como infringidas pelo sujeito passivo, a observância do RPAF/99, estabelece, em seu artigo 39, os elementos que deverão conter no Auto de Infração para que o mesmo seja válido. Portanto, a ausência de qualquer dos elementos

obrigatórios dispostos na norma citada, implicam nulidade, à medida que a ausência de tais elementos, se configura cerceamento de defesa, afrontado, assim, os garantidos princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade material.

In casu, diz que desconhece qual a fundamentação legal e eventual penalidade aplicada que justifique a apuração fiscal, cujos cálculos não condizem com a real verificação dos fatos geradores indicados na autuação. Sobre a importância que a descrição dos fatos adquire para a validação de uma autuação, toma-se as lições do doutrinador Hugo de Brito Machado que reproduz.

Diz ser certo e incontestável a nulidade do auto de infração, por inaceitável cerceamento do seu direito de defesa, uma vez que a fiscalização lhe imputou infração que não fora descrita com clareza e precisão, no auto de infração ora impugnado.

Afirma que o auto de infração se encontra maculado por diversas nulidades, as quais constituem vício insanável, e conseqüentemente, com a inexigibilidade do débito. Sobre o tema, reproduz o art. 18 do Decreto nº 7.629/99 – RPAF/BA. Observa o enunciado do § 1º, do citado art. 18, sobre eventuais incorreções do lançamento de ofício, que caso eventualmente existam outros elementos no processo, que não constem do auto de infração que lhe foi enviado, cabe o reconhecimento da nulidade, posto que prejudicou seu direito de defesa.

Diz restar evidente, que é passível de reconhecimento de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, o lançamento que não descreve com clareza a infração denunciada, e quando o enquadramento legal da infração, não determina com segurança o fato delituoso. Entende que basta uma simples incursão no auto de infração, em especial nos cálculos que lhe serve de fundamento, para que se perceba que não constam do mesmo, elementos suficientes para determinar com segurança, a infração, vez que não é possível identificar os equívocos na apuração do DESENVOLVE realizado pela empresa que justifique a cobrança adicional, o que ocasiona grave prejuízo ao direito de defesa.

Aduz que a auditoria fiscal realizada foi operada, sem conferir adequadamente a situação de fato das operações que foram objeto de autuação, com diversas incorreções, sem levar em consideração os valores efetivamente já recolhidos em relação às operações autuadas.

Aduz que o Fisco Estadual, ao realizar fiscalização de forma apressada, sem buscar a realidade dos fatos, lavrou auto de infração eivado de incorreções e, pela presunção de higidez do ato administrativo praticado, impõe injustamente ao contribuinte o ônus de contrapor-se às conclusões incorretas a que chegou o fiscal, obrigando-o a amearhar elementos de prova, que em outro caso seriam desnecessários para comprovação do que deveria ter sido diligentemente observado pela autoridade autuante, por meio de simples análise dos documentos fiscais e contábeis, quando de sua fiscalização.

Para além das nulidades e equívocos ventilados alhures, sustenta que cumpre trazer à mostra, patentes equívocos da fiscalização, quando da apuração do imposto devido. Na apuração fiscal elaborada faz-se necessário proceder com diversos ajustes a fim de evitar o excesso cometido pela Fiscalização. Dentre as inconsistências verificadas, cita a título exemplificativo:

- 1 - inclusão indevida dos fretes de compra/transferência, para comercialização na base incentivada no levantamento da auditoria fiscal dos meses de jul a dez/17;
- 2 - inclusão indevida das transferências ocorridas em julho de 2017, dos itens que foram registrados indevidamente na escrita fiscal no CFOP 2.101 (Garraão Pet 20 l Azul Logomarca Indaiá) e 2.151 (Água Mineral s/Gás Grf. Pet 3x2,5l Indaiá), que são itens de revenda, devendo ser excluídos da base incentivada;
- 3 - inclusão indevida do valor do crédito presumido referente à compra do selo fiscal para envase da água 20 litros. Explica que embora o selo fiscal faça parte do produto final sujeito ao benefício, a finalidade do crédito presumido é ressarcir o contribuinte do valor pago pelos selos

fiscais, abatendo-se do imposto devido e caso acrescentado na base incentivada, as empresas beneficiárias do DESENVOLVE teriam um benefício a menos com relação aos demais envasadores, que não tem apuração realizada pelo DESENVOLVE, ocorrendo o crédito em sua totalidade na apuração do ICMS, abatendo todo o custo, com o da compra do selo fiscal exigido pela SEFAZ-BA. Sendo assim, afirma que acrescentá-lo na base incentivada, não resulta em abatimento total pelo selo fiscal pago pela Indaiá, gerando um custo a mais ao produto, pois o crédito dentro da base incentivada não é aproveitado em sua totalidade;

4 - diferença do cálculo do piso devido a casas decimais, de duas casas para três casas decimais, ensejando na mudança no cálculo do portal do Banco Central do Brasil. Explica que em outras auditorias que verificaram todo o cálculo do incentivo de 2013 a 2016 e validaram o piso aplicado pela Indaiá, nunca foi questionado a atualização do IGP-M. Hoje, o *site* do Banco Central, já calcula com três casas decimais, convergindo com o cálculo da SEFAZ-BA enviado na planilha de autuação.

Nota que a SEFAZ fez a atualização do cálculo a partir de 2013, contudo a fiscalização é de 2017 a 2021, podendo verificar a partir do piso 2016/2017, que é o piso que influenciará na atualização. Anexa cálculos extraídos da época do BCB e o atual, com a diferença de casas decimais e informação do próprio *site* do Banco Central do Brasil, sobre a atualização da forma de cálculo após o período 12/04/2021. Cita exemplo.

Desta forma, aduz que resta mais uma vez, demonstrada a necessidade da realização de perícia/diligência, a fim de que se comprove o demonstrado por amostragem. Assim, insiste que razão não assiste ao Auditor Fiscal, pelo que deve ser reconhecida a improcedência total ou a procedência parcial da presente autuação.

Comenta que o processo administrativo tributário visa a destacar o respeito aos princípios e garantias processuais constitucionalmente albergados no ordenamento jurídico pátrio, em que se assegura aos litigantes, seja em processo administrativo ou judicial, o direito ao contraditório, em todas as suas fases, e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

No presente caso, aduz que a produção de diligência ora requerida, se faz necessária, como meio de contraditar a posição da autoridade fazendária e o seu indeferimento constituirá no cerceamento de defesa em processo administrativo, princípio constitucional do processo. Como visto alhures, a divergência de entendimentos entre a Impugnante e o Auditor Fiscal, já justificaria a realização da diligência, visando esclarecer as questões que aqui estão sendo discutidas, respondendo os questionamentos das partes para esclarecer, os pontos nebulosos. Considerando os princípios da verdade material, da ampla defesa e do contraditório, requer desde já a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários para a realização da perícia requerida. Nesse sentido, apresenta os quesitos a serem respondidos quando da diligência. Para o fiel cumprimento da perícia técnica requestada, indica como assistente técnico, a Sra. Izaira Pereira Cabral, Contadora, CPF: 026.659.963-08 e CRC/CE 026091/0, com endereço à Rua dos Potiguaras, 88, Praia de Iracema - CEP: 60060- 500, Fortaleza/CE.

Requer a juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários para a realização da perícia requerida e para o deslinde da questão. Requer ainda, seja dado provimento à Impugnação Administrativa, acatando-se as razões suscitadas, para o reconhecimento da nulidade aventada e, caso não seja acatada, pugna pela improcedência *in totum* do Auto em testilha. *Ad argumentandum tantum*, caso não seja reconhecida a improcedência do vergastado Auto, que seja reconhecida a sua parcial procedência, ante a patente necessidade de ajustes na apuração fiscal, tudo em obediência ao princípio da verdade material.

Protesta provar o alegado por todos os meios de provas em direito admitidos, e pugna ainda, pela realização de sustentação oral, quando da inclusão em pauta de julgamento.

A dupla de Autuantes presta a informação fiscal fls. 66/70. Repete a irregularidade apontada no auto de infração. Sintetiza os termos da defesa. Destaca preliminarmente, que o Contribuinte

recebeu uma cópia idêntica ao PAF em questão, com todos os elementos que descrevem detalhadamente a infração evidenciada na ação fiscal, inclusive através dos respectivos enquadramentos legais e multa aplicada, conforme se observa das fls. 01 a 04. Observa também, que mesmo tendo sido entregue todos os demonstrativos ao Contribuinte, o mesmo poderia solicitar cópia adicional de parte ou de todo o PAF em tela. Tendo contra si lavrado o Auto de Infração em epígrafe, a autuada impugna totalmente a Infração imputada, apresentando suas razões de defesa fora do prazo regulamentar, caracterizando assim, a intempestividade da mesma.

Explica que o Contribuinte tomou ciência do presente auto de infração em 04/07/2022 (segunda-feira), que o prazo para a apresentação da Impugnação iniciou-se no dia 05/07/2022 (terça-feira) e, contando-se 60 (sessenta) dias, findar-se-ia em 02/09/2022 (sexta-feira), primeiro dia útil subsequente.

Entretanto, no campo observação à fl. 16, constata-se que o envelope da defesa foi “postado via SEDEX em 02.09.2022, sem mídia”. Ou seja, foi postado na agência franqueada dos Correios AGF Missionárias (vide fl. 63) situada em Fortaleza (CE) e não, em repartição fiscal da SEFAZ/BA. Na própria fl.16, além da indicação da citada postagem interestadual via SEDEX em 02/09/2022, verifica-se o cadastramento ocorrido em 16/09/2022.

Aponta o disposto no art. 123, § 4º do RPAF/99 e o parágrafo único do art. 125 do mesmo diploma legal, que comprovam a intempestividade da defesa, devendo ser observado o disposto nos arts. 111 e 112 do RPAF/99.

A defesa declara “...*indicação de todos os elementos que circundam a relação jurídico-tributária é imprescindível para o exercício do controle da legalidade da atividade administrativa de lançamento, bem como para o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa pelo autuado...*” concluindo “...*desconhece a Impugnante qual a fundamentação legal e eventual penalidade aplicada que justifique a apuração fiscal ...*” ao mesmo tempo, declara “...*cujos cálculos não condizem com a real verificação dos fatos geradores indicados na autuação, como bem restará demonstrado em tópico específico da presente defesa.*”

Contudo, aponta que às fls. 01 e 02 do presente PAF, encontra-se detalhada descrição da Infração 01, citando a Lei do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, a Resolução aproveitada pelo Contribuinte, o enquadramento legal e a multa aplicada.

Aduz que a mídia anexa (fl. 09) contém arquivo com planilha eletrônica referente ao cálculo do piso utilizado, o demonstrativo de fl. 07, com o cálculo em conformidade com a Instrução Normativa 27/2009 (em *excel e pdf*), planilhas elaboradas pelo próprio Contribuinte (Apuração ICMS 07-2017 IBR_016 a Apuração ICMS 12-2017 IBR_016) referentes à memória do seu cálculo, além de cópia da citada Resolução. Frisa que não há porque imaginar nulidade.

Diz que o Contribuinte cita o CTN, o RPAF, juristas, contudo não indica, objetivamente, as inconsistências que afirma existir, concluindo, sem qualquer fundamentação fática, espera o reconhecimento da nulidade do auto de infração, e sem expectativa para alcançar nulidade prossegue intentando outra linha de defesa.

O Contribuinte declara “... *se verifica diversas impropriedades e inconsistências na Apuração do imposto considerado devido pela fiscalização para demonstrar a ausência de recolhimento de ICMS em razão da não inclusão no Programa Desenvolve de bens adquiridos para uso e ou consumo...*”.

Aduz que apenas à título indicativo, à fl. 07, no item 1.2 se encontram os efeitos referentes ao uso/consumo no diferencial de alíquotas.

O Defendente conclui: “*Por essas razões, verificada a pobre análise dos documentos fiscais e contábeis da Impugnante realizada pela auditoria-fiscal quando da fiscalização que ensejou a*

lavratura do auto de infração, ora recorrido, faz-se imprescindível decidir pela imprestabilidade da fiscalização procedida para fundamentar o auto de infração lavrado, reconhecendo-se a sua improcedência”, porém, uma vez mais, restou demonstrando o caráter meramente protelatório da sua defesa, sem qualquer fato que justifique a improcedência da autuação em tela.

Explica que em ato falho, o Contribuinte produz prova contra si, ao afirmar que existem inconsistências verificadas no “Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor Incentivo Fiscal - Programa DESENVOLVE. Assevera que tal afirmação de inconsistências, atesta que compreendeu todos os elementos que resultaram nos valores cobrados por conta da infração cometida, ou seja, que entendeu plenamente a infração imputada.

Aponta que o Contribuinte tenta construir sua defesa sem qualquer demonstrativo que indique as inconsistências encontradas. Neste sentido, declara ser necessário proceder ajustes, a fim de evitar o excesso cometido pela Fiscalização e cita, a título exemplificativo as seguintes incongruências:

“1 – Inclusão indevida dos fretes de compra/transferência para comercialização na base incentivada no levantamento da auditoria fiscal dos meses de jul. /17 a dez/17” - trata-se de mera citação especulativa, sem indicar os valores resultantes da sua avaliação, bem como, quais registros fiscais que documentam sua pretensão;

“2 – Inclusão indevida das transferências ocorridas em julho de 2017 dos itens que foram registrados indevidamente na escrita fiscal no CFOP 2.101 (Garração Pet 20l Azul Logomarca Indaiá) e 2.151 (Água Mineral S/Gás Grf Pet 3x2,5l Indaiá), porém são itens de revenda, devendo ser excluídos da base incentivada” - verifica-se, neste caso, novamente, uma mera citação especulativa.

Informa que não há na planilha “*Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor Incentivo Fiscal - Programa DESENVOLVE (fl.7)*”, qualquer registro dos CFOPs 2.201 e 2.101 relacionados. Além disto, uma vez mais, não apresenta qualquer demonstrativo que identifique os valores resultantes da sua avaliação, bem como, quais os registros fiscais que documentam sua pretensão;

“3 – Inclusão indevida do valor do crédito presumido referente a compra do selo fiscal para envase da água 20 litros. Embora o selo fiscal faça da parte do produto final sujeito ao benefício...” - neste caso, aduz que se pode observar que no Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor Incentivo Fiscal - Programa DESENVOLVE, à fl. 7, foram ajustados os valores mensais de “Saldo Devedor”, vez que, o Contribuinte ao apurar os mesmos, não considerou os referidos créditos presumidos mensais, implicando valores indevidamente maiores dos referidos valores mensais de “Saldo Devedor”. Assim, tem por parte do Autuado, a apresentação de uma defesa de caráter meramente protelatório;

“4 – Diferença do cálculo do piso devido a casas decimais: de duas casas para três casas decimais, ensejando na mudança no cálculo do portal do Banco Central do Brasil. ...” - verifica-se, neste caso, que o Contribuinte concorda com os valores dos índices de variação do IGP-M (12 meses) anuais, adotados resultaram valores mais justos do piso corrigido, conforme “Demonstrativo do Cálculo do Piso Corrigido Conforme Resolução Incentivo Fiscal - Programa DESENVOLVE, à fl.8”. Os valores de piso calculados de modo mais justo, com três casas decimais, foram utilizados para apurar a infração autuada, conforme “Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor Incentivo Fiscal - Programa Desenvolve à fl.7”.

Afirma que o Contribuinte, sem conseguir demonstrar qualquer inconsistência, não tem como justificar sua frágil expectativa de ver “... reconhecida a Improcedência total ou, ad argumentandum tantum, a procedência parcial da presente autuação...”.

Acrescenta que o Autuado faz uma defesa teórica do processo administrativo tributário, mencionando a Carta Magna, citação de juristas e conclui que “...a ampla defesa e o contraditório são matérias de direito e garantia individual, cláusulas pétreas, sendo inadmissível toda e qualquer forma de tolhê-los...”. Afirma que a manifestação do defendente não contesta a acusação fiscal, por isso mantém integralmente a infração autuada.

Aduz que todos os argumentos da defesa foram apreciados, bem como os arquivos disponibilizados em mídia (fl. 9).

Assim, entende que a produção de prova já foi feita na defesa. Acrescenta que o indeferimento da perícia solicitada não constituiria cerceamento de defesa, vez que a autuada expôs todas as suas razões, sem a ela ser imposto qualquer obstáculo. Neste sentido apresentou textualmente as teses que entendeu necessárias para enriquecer sua peça defensiva. Todavia, optou por não apresentar qualquer planilha/demonstrativo que evidenciasse o contido no texto da sua defesa. Da citada defesa não surgiram quaisquer dúvidas.

Comenta que o Contribuinte pede “... nulidade ...” ou “... improcedência in totum do auto ...” ou “... parcial procedência ...”, sem apresentar qualquer prova que possa desconstituir a infração imputada, vastamente comprovada por meio de planilhas, documentos e livros fiscais eletrônicos (EFD) integrantes do presente PAF, de forma que restou comprovado que não faz *jus* ao que solicita e espera.

Do quanto foi exposto pelo Contribuinte, assevera que nenhuma alegação apresentada em sua peça de defesa deixou de ser atentamente verificada. Do mesmo modo, não houve qualquer fato, documento ou argumento que não tenha sido verificado e considerado. O Contribuinte, em sua defesa, produziu todas as provas que entendeu necessárias e suficientes para alcançar suas pretensões, pois não foi estabelecido nenhum obstáculo e, desta forma, garantiu seu amplo direito de defesa.

Salienta mais uma vez o caráter intempestivo da defesa e, portanto, a necessidade de ser observado o disposto nos artigos 111 e 112 do RPAF/99.

Ante ao exposto, pede aos membros do CONSEF que o presente Auto de Infração seja julgado integralmente procedente.

O autuado, ao tomar ciência da informação fiscal, volta a se manifestar fls. 75/84. Afirma que, já devidamente qualificada nos autos do processo em epígrafe, representada por seus advogados e bastantes procuradores, vem, respeitosamente, apresentar manifestação à Informação Fiscal, nos termos a seguir descritos.

Afirma que recebeu a Notificação de Resultado de Diligência em 04/10/2022 - terça-feira, o prazo para apresentação de Manifestação ao resultado de diligência fiscal teve início em 05/10/2022 - quarta-feira, e encerrar-se-á dia 14/10/2022 - sexta-feira, razão pela qual não restam dúvidas quanto à tempestividade na oposição da sua manifestação.

Da análise da Informação Fiscal emitida, verifica que as impropriedades constantes no levantamento fiscal por ele indicadas foram rechaçadas com base nas seguintes alegações:

"1 – Sobre a inclusão indevida dos fretes de compra/transferência para comercialização na base incentivada no levantamento da auditoria fiscal dos meses de jul./17 a dez/17;"- disse tratar-se de mera citação especulativa;

"2 – A respeito da inclusão indevida das transferências ocorridas em julho de 2017 dos itens que foram registrados indevidamente na escrita fiscal no CFOP 2.101 e 2.151, porém são itens de revenda, devendo ser excluídos da base incentivada" – disse que, novamente uma mera citação especulativa, visto que na pag. 4 de 5 no *Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor Incentivo Fiscal - Programa DESENVOLVE* (fl. 7), não há qualquer registro dos CFOPs 2.201 e 2.101. Além disto, uma vez mais, não apresenta qualquer demonstrativo que identifique os valores resultantes da sua avaliação, bem como, quais os registros fiscais que documentam sua pretensão;

"3 – relativamente a inclusão indevida do valor do crédito presumido referente a compra do selo fiscal para envase da água 20 litros. Embora o selo fiscal faça da parte do produto final sujeito ao benefício..." - neste caso pode-se observar que no *Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor Incentivo Fiscal - Programa DESENVOLVE*, à fl. 7, foram ajustados os

valores mensais de "Saldo Devedor", vez que, o Contribuinte ao apurar os mesmos não considerou os referidos créditos presumidos mensais, implicando valores indevidamente maiores dos referidos valores mensais de "Saldo Devedor";

"4 - diferença do cálculo do piso devido a casas decimais: de duas casas para três casas decimais, ensejando na mudança no cálculo do portal do Banco Central do Brasil. ..." - verifica-se, neste caso, que o Contribuinte concorda com os valores dos índices de variação do IGP- M (12 meses) anuais adotados, que resultaram valores mais justos do piso corrigido, conforme Demonstrativo do Cálculo do Piso Corrigido conforme Resolução Incentivo Fiscal - Programa DESENVOLVE, à fl. 8. Os valores de piso calculados de modo mais justo, com três casas decimais, foram utilizados para apurar a infração autuada, conforme *Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor Incentivo Fiscal - Programa DESENVOLVE*, à fl. 7.

Contudo, o Autuado assevera que diversamente do aduzido na Informação Fiscal, que por ocasião da defesa, apresentou demonstrativo denominado "*Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor*" onde consta em amarelo as inconsistências apuradas no levantamento fiscal.

Com a inclusão indevida dos fretes de compra/transferência para comercialização na base incentivada no levantamento da auditoria fiscal dos meses de jul/17 a dez/17, CFOP 2352, houve a glosa de créditos que afetaram o cálculo do piso.

A empresa, no mês de julho de 2017, registrou indevidamente na escrita fiscal os itens (Garraão Pet 20l Azul Logomarca Indaiá) e (Água Mineral s/Gás Grf. Pet 3x2,5l Indaiá) nos CFOP's nº 2.101 e 2.151 e, contudo, do cotejo das notas fiscais, verifica tratar-se de operações com os CFOP's nº 2.102 e 2152, portanto, não deveria ser incluído no saldo devedor da base incentivada, posto que representa saídas comerciais. Exemplifica o cálculo que realizou.

Referente ao crédito presumido relativo à compra do selo fiscal para envase da água 20 litros, reafirma que a auditora deduziu do valor do saldo devedor indicado na linha A do seu demonstrativo, quando na verdade, o mesmo deveria ter sido considerado como crédito fiscal não vinculado ao projeto aprovado (Item 2), levando-se em conta que se trata de benefício fiscal referente à aquisição obrigatória do citado selo.

Quanto à diferença do cálculo do piso devido a casas decimais, volta a destacar que à época dos recolhimentos, o cálculo no portal do Banco Central do Brasil era realizado apenas com duas casas decimais. Portanto e, em consagração à Segurança Jurídica, não é razoável exigir do contribuinte, de forma retroativa, a aplicação de cálculo com três casas decimais, ensejando na mudança no cálculo do incentivo de 2013 a 2016 e, conseqüentemente, o piso aplicado pela Indaiá.

Desta forma, resta mais uma vez demonstrada a necessidade da realização de perícia/diligência, a fim de que se comprove o acima demonstrado, por amostragem.

Assim, entende que razão não assiste ao Auditor Fiscal, pelo que deve ser reconhecida a Improcedência total ou, *ad argumentadum tantum*, a procedência parcial da presente autuação.

Ante o exposto, diz que a manifestação é no sentido de requerer que essa Junta de Julgamento Fiscal acolha *in totum* os fundamentos fáticos e jurídicos apresentados na Impugnação e ora ratificados.

A dupla de Autuantes volta a se manifestar fl.88. Reitera todos os pontos da informação fiscal, entende que todos os argumentos defensivos foram rebatidos e que a defesa se revela meramente protelatória e conclui pela integral procedência do auto de infração.

Cabe registrar, na sessão de julgamento, a presença da Dr^a Talita Lima Amaro de Oliveira, OAB/CE nº 15.284, que realizou a sustentação oral.

VOTO

Preliminarmente, os Autuantes alegaram intempestividade da defesa, apontando que apenas a

data de postagem dos documentos defensivos na sede do estabelecimento/Fortaleza - CE, atendiam a contagem de prazo regulamentar, o que não teria ocorrido com a data de sua entrada na SEFAZ da Bahia.

Analisando o presente PAF, verifico que, apesar do atraso da entrega da defesa na SEFAZ/BA, pelos Correios, detectado pela fiscalização, as fases seguintes do trâmite processual ocorreram de forma regular, com a análise e apreciação da defesa pelos Autuantes, prestando a devida informação fiscal. Considerando que a legislação vigente considera como meio válido de comunicação de trâmites processuais, a via postal, entendo que a data de postagem deve ser considerada regular. Sendo assim, nos termos do § 1º, do art. 2º do RPAF/99, entendo que, como não houve prejuízo a qualquer das partes processuais, encontra-se superada essa questão.

O defendente arguiu nulidade, alegando que a indicação de todos os elementos que circundam a relação jurídico-tributária, é imprescindível para o exercício do controle da legalidade da atividade administrativa de lançamento, bem como, para o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa pelo autuado, o que não teria verificado no presente lançamento. Acrescentou que desconhece qual a fundamentação legal e eventual penalidade aplicada que justifique a apuração fiscal, cujos cálculos não condizem com a real verificação dos fatos geradores indicados na autuação.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: não houve falta de motivação, na medida em que foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; a descrição dos fatos, além de terem sido feitas de forma ampla nas próprias folhas do Auto de Infração, conforme pode ser verificado, se indicou e detalhou os dados e cálculo na planilha que compõe o lançamento fiscal, apontando especificamente as razões que o autuante chegou para determinar o descumprimento da obrigação tributária, bem como a capitulação legal constante da infração é condizente com o fato real e com o direito aplicável, conforme consta do campo do “Enquadramento”, não havendo, portanto, a generalidade arguida.

Dessa forma, não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações, as quais foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa, por falta de fundamentação legal da autuação.

Ademais, a descrição das infrações permite, claramente, identificar do que está sendo acusado o contribuinte, incorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquirir de nulidade o lançamento de ofício.

Quanto ao pedido de diligência ou perícia técnica solicitado, observo que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao defendente comprovar suas alegações, sendo inadmissível a realização de diligência ou perícia, quando destinada a verificar fatos e documentos fiscais que estão na posse do Contribuinte, e poderia ter vindo aos autos, ainda que por amostragem, juntamente com sua defesa. Ademais, a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas para as conclusões acerca da lide. Dessa forma, fica indeferido o pedido de diligência ou perícia técnica, nos termos do artigo 147, incisos I e II, do RPAF/99.

No mérito, a autuação acusa o defendente de recolhimento a menos de ICMS, em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, nos meses de julho a dezembro de 2017.

A matéria se refere a Contribuinte beneficiado pela Lei nº 7.980 de 12/12/2001 que instituiu o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, Resolução nº 87/2014, retificada pela Resolução nº 49/2015.

O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE (instituído pela Lei nº 7.980 de 12 de dezembro de 2001, regulamentado pelo Decreto nº 8.205 de 03 de abril de 2002) tem o objetivo de fomentar e diversificar a matriz Industrial e agroindustrial, com formação de adensamentos Industriais nas regiões econômicas e integração das cadeias produtivas essenciais ao desenvolvimento econômico e social e a geração de emprego e renda no Estado da Bahia.

Neste sentido, seus incentivos fiscais têm por finalidade estimular a instalação de novas indústrias e a expansão, a reativação ou a modernização de empreendimentos Industriais já instalados, com geração de novos produtos ou processos, aperfeiçoamento das características tecnológicas e redução de custos de produtos ou processos já existentes. Portanto, o valor do ICMS incentivado será obtido unicamente em função do objetivo do programa e, assim, qualquer operação fora deste citado objetivo não é alcançado e nem pode ser beneficiada pelo programa DESENVOLVE, tal como a operação de compra e transferência de mercadoria para comercialização, venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, inclusive prestação de serviços.

Dessa forma, mesmo no caso de remessa interestadual para industrialização, os incentivos previstos neste Decreto somente incidirão sobre a parcela produzida na Bahia. Em conformidade com o exposto, foram refeitos os cálculos do valor de ICMS relativo as operações próprias, gerado em razão dos investimentos constantes dos projetos aprovados pelo Conselho Deliberativo, sendo excluídas as operações não beneficiadas pelo Programa DESENVOLVE, considerando o piso estabelecido em resolução do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE para efeito de cálculo da parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível de incentivo.

A fiscalização recalculou, mês a mês, a parcela do saldo devedor mensal de ICMS passível de incentivo, conforme demonstrativo de apuração anexado a este auto de infração (ANEXO 02). Foram expurgados da apuração do ICMS passível de incentivo os débitos e créditos de ICMS não vinculados ao DESENVOLVE, em conformidade com a Instrução Normativa 27/2009.

Integram os demonstrativos desta infração as planilhas ANEXO 02 (Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor, Incentivo Fiscal - Programa Desenvolve). Cópias de documentos e arquivos eletrônicos, notas fiscais eletrônicas e Escrituração Fiscal Digital, devidamente autenticados e anexados ao presente Auto de Infração. Demonstrativos e CD contendo levantamento fiscal fls. 7 a 9.

O defendente rebateu a acusação fiscal, afirmando que a diferença encontrada pelos Autuantes decorre de inconsistências detectadas. Disse que se verifica diversas impropriedades na Apuração do imposto considerado devido pela fiscalização. Para demonstrar a ausência de recolhimento de ICMS, disse que o Fisco teria apontado a não inclusão no Programa Desenvolve de bens adquiridos para uso e ou consumo. Apontou ter havido inclusão indevida dos *frete de compra/transferência para comercialização* na base incentivada no levantamento da auditoria fiscal dos meses de jul/17 a dez/17, além da inclusão indevida das transferências ocorridas em julho de 2017, dos itens que registrou indevidamente na sua escrita fiscal nos CFOP 2.101 e 2.151.

Sobre estas alegações, conforme registrado pelos Autuantes, não foi indicado na defesa, objetivamente, a quais registros fiscais se referiu. O valor total desta rubrica registrado em sua EFD, não permite se aferir inequivocamente esta alegação. Apenas à título indicativo, explicaram que à fl. 07, no item 1.2, pode se constatar que o procedimento da fiscalização obedeceu aos ditames da legislação de regência, sobre os efeitos referentes ao uso/consumo no diferencial de alíquotas.

Quanto aos CFOP 2.101 e 2.151, alegados como constantes indevidamente na sua escrituração, apontaram que pode ser apurado que para o período fiscalizado, não se verifica na planilha “*Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor Incentivo Fiscal - Programa DESENVOLVE (fl.7)*”, qualquer registro dos CFOPs 2.201 e 2.101 relacionados.

Sobre estes argumentos, verifico que caberia ao Autuado, trazer à luz deste processo os documentos fiscais que sustentam suas alegações, ainda que de forma exemplificativa. A decisão emanada por este Conselho de Fazenda é sempre pautada nos documentos e provas constantes do processo. A planilha elaborada pelo defendente, por si só, não tem o condão de comprovar os alegados erros de CFOP em sua escrituração fiscal digital. Sendo assim, afasto estes argumentos por falta de apresentação de elementos probatórios pelo Autuado.

O defendente também afirmou, que no levantamento fiscal, houve inclusão indevida do valor do crédito presumido, referente à compra do selo fiscal para envase da água 20 litros.

Sobre esta alegação, observo que no *Demonstrativo Parcela Normal e Dilação de ICMS Recolhido a Menor Incentivo Fiscal - Programa Desenvolve*, à fl. 7, que foram ajustados os valores mensais de “Saldo Devedor”, vez que, o Contribuinte ao apurar os mesmos, não considerou os referidos créditos presumidos mensais, implicando valores indevidamente maiores dos referidos valores mensais do “Saldo Devedor”, portanto acolho entendimento dos fiscais Autuantes sobre a matéria.

O defendente alegou ainda, que ocorreu diferença no levantamento fiscal utilizado pela fiscalização, devido a alteração do cálculo do piso devido a casas decimais, pela alteração de duas para três casas decimais, ensejando mudança no cálculo do valor devido.

Sobre esta alegação, os Autuantes esclareceram que os cálculos foram realizados conforme os valores dos índices de variação do IGP-M (12 meses) anuais, e a utilização de três dígitos atende a procedimento legal resultando valores mais justos e precisos do piso corrigido.

Sobre o tema, observo que o próprio *site* do Banco Central, já considera o cálculo de atualizações pelo IGPM utilizando três casas decimais, convergindo com o cálculo da SEFAZ-BA elaborado na planilha de autuação.

Ressalto que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido a irregularidade lançada na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº **206973.0015/22-8**, lavrado contra a **INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 159.502,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2023.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR