

**A. I. Nº - 281082.0002/05-3**  
**AUTUADO - BMD TÊXTEIS LTDA.**  
**AUTUANTE - MARCOS ANTONIO MOURA CRISÓSTOMO**  
**ORIGEM - INFACAMAÇARI**  
**INTERNET - 05. 05. 2006**

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0139-04/06**

**EMENTA: ICMS.** 1. ZONA FRANCA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE ABATIMENTO, NO PREÇO DA MERCADORIA, DO VALOR EQUIVALENTE AO IMPOSTO QUE SERIA DEVIDO SE NÃO HOUVESSE A ISENÇÃO. O abatimento, na nota fiscal, do valor correspondente ao imposto excluído em virtude da isenção constitui condição para fruição do benefício. É devida a exigência fiscal. 2. CRÉDITO FISCAL. a) FALTA DE ESTORNO. INSUMOS EMPREGADOS NA PRODUÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS À ZONA FRANCA DE MANAUS. Matéria sub judice. Deferida pelo STF medida cautelar na ADIN 310-DF, requerida pelo Governo do Estado do Amazonas, retirando do ordenamento jurídico o suporte legal da autuação. Portanto, estando os Convênios nº 02/90 e 06/90 com a eficácia suspensa em face de cautelar em ADIN, prevalece o impedimento na constituição do crédito. Infração insubstancial. 3. DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS. FALTA DE DESTAQUE DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. O autuado comprovou que as operações de entradas ocorreram sem destaque do imposto e sem utilização de crédito, portanto o procedimento do contribuinte foi correto ao não destacar o imposto na devolução das mercadorias. Infração elidida. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida pelo autuado. 5. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração reconhecida pelo autuado. 6. b) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. Infração reconhecida pelo autuado. 7. PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL E DE INTEGRAÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO DA BAHIA (DESENVOLVE). ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO NA INTERPRETAÇÃO DE TABELA DO REGULAMENTO DO “DESENVOLVE”. Restou comprovado que parte dos valores foram recolhidos em montante inferior ao devido. Refeitos os cálculos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/11/2005, para constituição do crédito tributário no valor de R\$ 307.485,24, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$ 25.912,92, devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a

comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Acrescenta que o estabelecimento remetente não abateu do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente na Nota Fiscal, contrariando a condição estabelecida no art. 29, II do RICMS/BA, conforme anexo 01 e cópias das notas fiscais apensas ao processo administrativo fiscal.

2. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$4.353,92, relativo às entradas de matéria prima, material secundário, material de embalagens etc. utilizado na fabricação de produtos industrializados com benefício de isenção, destinados à zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não previsto na legislação, conforme demonstrativo de estorno de crédito nas vendas para Zona Franca de Manaus anexo 02.
3. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$27.430,54, na devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque de imposto.
4. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$10.677,91, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme demonstrativo anexo 04, a empresa realizou operações tributáveis sem a incidência de ICMS.
5. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$7.433,55, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, apurado conforme anexos 05, 05 A e 05 B, onde é refeito o conta corrente do exercício de 2003, apontando as divergências apuradas.
6. Efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$117.711,72, em desacordo com a legislação deste imposto.
7. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$23.773,72, em razão do aproveitamento indevido do benefício do DESENVOLVE nas revendas de matérias-primas.
8. Erro na apuração do ICMS devido, resultando recolhimento do imposto a menos, por questões de interpretação de tabela do regulamento do “Desenvolve”, sendo lançado imposto no valor de R\$ 90.190,96, com multa de 60%.

O autuado, às folhas 46/102, ao impugnar o lançamento tributário, inicialmente, diz que reconhece as infrações 04, 05 e 06. Quanto as infrações 07 e 08, reconhece sua procedência em parte. Informa que providenciou o recolhimento dos valores reconhecidos.

Prosseguindo, diz que irá pautar sua defesa na abordagem individual dos pontos controversos, na ordem em que os mesmo foram suscitado pela fiscalização.

Infração 01 – Aduz que a matéria encontra-se regida pelo art. 29, do RICMS/97, o qual transcreveu, para sustentar sua tese de que o dispositivo no inciso II, refere apenas a uma obrigação a ser cumprida pelo contribuinte, sem nenhuma conotação de requisito indispensável para a ocorrência da isenção do imposto aqui discutida, tendo em vista que em momento algum isto fica evidenciado no texto desta norma.

Destaca que, cumpre-lhe comprovar que, em que pese não ter havido a emissão, pela SUFRAMA, do certificado de internamento das mercadorias, cujas saídas se deram através das notas fiscais constantes do Anexo I do Auto de Infração, foram elas destinadas e internalizadas em estabelecimento situado na Zona Franca de Manaus, pelo que, a teor do inciso III do artigo 29 do RICMS, a isenção deve ser reconhecida. Para tanto, requer a juntada das cópias das notas fiscais elencadas no demonstrativo elaborado pela fiscalização e da cópia do livro Registro de Entrada da empresa destinatária das mercadorias, bem como dos Conhecimentos de Transporte relativos às mercadorias em comento, sendo possível constatar no registro da entrada de cada uma das notas fiscais, o que atesta de forma cabal o internamento.

Infração 02, aduz que o comando insculpido no art. 100, I, do RICMS/97, não pode ser aplicado às vendas realizadas à ZFM, uma vez que deve ser assegurado ao contribuinte o direito à manutenção dos créditos fiscais, direito este que é garantido por norma superior, válida e eficaz, conforme restará demonstrado.

Argumenta que o DL nº 288/67 permanece em vigor e, com o advento da Constituição Federal de 1988, a ZFM adquiriu status constitucional. É fato que a Carta Política de 1998, ao disciplinar, no título VI, a Tributação e o Orçamento, nada dispôs acerca do regime jurídico aplicável à ZFM.

Salienta que o Governo do Estado da Amazonas requereu, através da Ação direta de Inconstitucionalidade – ADIN nº310-AM, o reconhecimento de que o Convênio 06/90, não poderia ter modificado as regras de isenção prevista no Decreto-Lei nº 288/67, sob a alegação de que estaria ele infringido as normas contidas no art. 40 do ACDT, que garantiu a manutenção desses incentivos, após a vigência da Carta Magna. Tendo o STF, acolhendo a alegação em comento, concedeu, em 25.10.1990, liminar suspendendo os efeitos do referido Convênio, até a decisão final a ser proferida na referida ação.

Ressalta que a multa aplicada de 60% é descabida, uma vez que o autuado não infringiu qualquer legislação em vigor, pois encontra-se em atendimento a decisão proferida pelo STF, citando a Lei Federal nº 9.430/96.

Infração 03, diz que da leitura dos artigos 651 e 652 do RICMS/97, verifica-se que o contribuinte que devolver mercadorias que, por qualquer título, tenham entrado em seu estabelecimento, deve, em regra, proceder ao destaque do imposto correspondente na nota fiscal de devolução, para fins de creditamento, pelo estabelecimento de origem, do ICMS que incidiu quando da respectiva saída dessas mercadorias. Ocorre que, como a própria norma deixa claramente evidente, este destaque só se dá “se for o caso”, ou seja, quando o creditamento do imposto pelo estabelecimento seja admitido pela legislação. Para tanto, é imperioso que a operação original de saída da mercadoria tenha sofrido tributação do ICMS, de forma que o imposto correlato tenha sido destacado no documento fiscal original, para fins de quantificação do crédito fiscal a ser apropriado. Caso contrário, inexistindo a incidência do imposto na operação original de saída da mercadoria, por óbvio não há o que se falar em destaque do tributo na nota fiscal de devolução da mesma.

Quanto às operações capituladas pela fiscalização, verifica-se que as mesmas originam-se remessa de matéria-prima da empresa COBAFI, para fins de industrialização pelo autuado, para a produção de tecidos, mediante as Notas Fiscais nºs 26619, 27234 e 26881. entretanto, a matéria prima não sofreu nenhum processo de industrialização, sendo devolvidos na mesma quantidade e preço, mediante Notas Fiscais nº 3444 e 3635, sem destaque do ICMS com amparo no § 1º, do artigo 615, do RICMS/97. Sendo assim, tendo em vista que a mercadoria entrou no estabelecimento do autuado sem a incidência, e, consequentemente, sem o destaque do imposto correspondente, também a devolução desta mercadoria foi formalizada nessas mesmas condições.

Infração 07, com a finalidade de apurar o montante do valor devido pelo autuado, a fiscalização elaborou demonstrativo através do qual foi levantado o ICMS destacado nas notas fiscais de saída de matérias-primas no período de dezembro/2003 a setembro/2004 e dezembro/2004, o valor da totalidade dos débitos mensais do imposto devido durante esse período e as respectivas quantias correspondentes à utilização do benefício do DESENVOLVE, no valor de R\$23.773,72.

Diz que reconhece que o imposto é devido, haja vista que, de fato, o benefício do DESENVOLVE não abrange o ICMS incidente sobre operações de saídas de outras mercadorias, que não aquelas derivadas de seu processo produtivo. Entretanto, o montante do imposto apurado foi majorado em razão de alguns equívocos cometidos pelo Fisco, quando da elaboração de seu demonstrativo de cálculo do ICMS, os quais passará a expor.

Abri/2004- Incluiu indevidamente a Nota Fiscal nº 5266, tendo em vista que os produtos nela descritos foram industrializados, mediante processo de urdimento.

Maio/2004- Incluiu erroneamente às Notas Fiscais nºs 5447 e 5490, por se tratarem de produtos urdidos, também devem ser excluídas do computo do imposto devido.

Junho/2004- Incluiu indevidamente a Nota Fiscal nº 5559, por se tratar de remessa de mercadoria em consignação. Também, em relação à Nota Fiscal nº 5631, a fiscalização tomou como base de cálculo do imposto o valor total do produto, ou seja, R\$ 48.755,14, sem abater o desconto incondicional concedido pelo autuado, no valor de R\$5.461,93, amparado pelo inciso II, do artigo 54, do RICMS/97. Desta forma, a base de cálculo correta, que deveria ter sido constatada na autuação, levando-se em conta o valor do desconto, seria no montante de R\$ 43.293,21.

Assevera que o autuante, além dos erros acima, deixou de abater no levantamento o valor dos pagamentos efetuados pelo autuado em função da amortização do saldo devedor do imposto estadual incentivado.

Prosseguindo, passou a prestar esclarecimentos sobre o programa de incentivo, sobre dois projetos habilitados no DESENVOLVE, quais sejam:

a) a sua planta industrial que já se encontrava em operação quando o autuado gozava dos benefícios decorrente do antigo Programa de Promoção de Desenvolvimento da Bahia – PROBAHIA, com concessão do prazo de 72 meses para pagamento diferido de 60% do ICMS relativo às operações próprias, gerado em razão do investimento previsto no projeto incentivado, a partir de 19.08.2003.

b) o projeto de ampliação das suas instalações industriais, com concessão do prazo de 72 meses para pagamento diferido de 90% do saldo devedor do ICMS que excedesse R\$ 161.932,67, a partir de 30.01.2004.

Salienta que, considerando que o Decreto nº 8.205/02, que instituiu o Regulamento do DESENVOLVE, estabelece, em seu art. 6º, percentuais de descontos progressivos para a liquidação antecipada do imposto cujo prazo tenha sido dilatado, o autuado optou por antecipar o pagamento do saldo devedor do ICMS abarcado por ambos os projetos. Dessa forma, para que seja apurado o verdadeiro valor devido pela impugnante, em razão do diferimento do ICMS incidente sobre a saída de matérias-primas, deve-se depois de corrigidos os equívocos cometidos pela fiscalização, computar, de forma proporcional, os pagamentos que amortizaram os saldos devedores do imposto diferido em função do incentivo incidente sobre a instalação de sua planta industrial e aquele que compreende o respectivo projeto de ampliação dessa unidade.

Reconhece, considerando os aspectos acima, como devido o valor de R\$14.958,72, informando que já efetuou o pagamento conforme cópia do DAE, doc. 02.

Infração 08, no que se refere ao mérito da autuação o autuado reconhece que o imposto é devido, haja vista que o benefício do DESENVOLVE não abrange o ICMS incidente sobre operações de revenda de mercadorias adquiridas para comercialização. Entretanto, o montante do imposto devido foi majorado em razão de alguns equívocos cometidos pela fiscalização, quando da elaboração de seu demonstrativo de apuração do ICMS, tais como:

1- No mês de abril de 2004, o autuante incluiu indevidamente a Nota Fiscal nº 31593, tendo em vista que o produto nela descrito não se trata de tecido finalizado, adquirido para comercialização, mas sim de matéria-prima adquirida para industrialização (fio poliéster). Sendo assim, o valor desta entrada, no montante de R\$ 94.775,76, deve ser excluído do cálculo do imposto.

2- Discorda do critério utilizado pelo autuante para cálculo do imposto devido, pois as bases utilizadas não são capazes de refletir o real montante do ICMS diferido, relativo às saídas de mercadorias adquiridas para comercialização, pelos seguintes motivos:

2.1- A sistemática de apuração do ICMS glosado pelo autuante se vale da relação entre o valor das entradas de tecidos e o montante das entradas no mês. Ocorre que, este critério não pode ser admitido, haja vista que as entradas são representadas pelas aquisições de matéria prima, produtos intermediários e materiais de embalagens, as quais possuem preço inferior ao preço do tecido, produto acabado. Comparar o valor das entradas de tecido com as demais entradas realizadas pelo autuado implica na utilização de um critério completamente inábil a refletir a realidade, uma vez se estaria cotejando produtos que não são equivalentes.

Ademais, o que se pretende exigir é o ICMS devido na saída de mercadorias, pelo que não se pode adotar um critério que leve em conta as entradas. A fiscalização deveria se valer de um critério que utilizasse fatores equivalentes para encontrar o valor do ICMS devido na saída de mercadorias revendidas. Nesse sentido, entendo o autuado, que seria mais apropriado que fosse levantado a quantidade de tecidos adquiridos no mês para a revenda, discriminada em cada uma das notas fiscais elencadas na autuação e que se fizesse a relação entre esta e a quantidade total das saídas no mesmo mês, apurando através dos registros os SINTEGRA, por exemplo, sendo possível apurar com mais exatidão a proporção do ICMS diferido, relativamente à revenda de produtos industrializados em cada mês. Diz reconhecer o débito no valor de R\$28.783,01, apurado na sistemática acima.

2.2 A fiscalização deixou de abater da apuração do imposto o valor dos pagamentos efetuados pela impugnante em função da amortização do saldo devedor do tributo diferido em função do incentivo do DESENVOLVE referente à instalação e ao projeto de ampliação de sua planta industrial, devendo haver a retificação dos valores do ICMS lançado, considerando os recolhimentos efetuados. Tendo refeito os cálculos tendo apurado um imposto a recolher no valor de R\$23.929,03.

Ao finalizar, requer a homologação dos valores recolhidos relativos ao reconhecimento das infrações 04, 05 e 06, a improcedência das infrações 01, 02 e 03 e procedência parcial das infrações 07 e 08. Em relação a infração, caso essa Junta venha julgar-lhe procedente, requer a exclusão da multa de 60% do valor do crédito fiscal.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fl. 214/221, contestou a defesa apresentada, infração por infração.

Em relação a infração 01, salienta que o art. 29 do RICMS/97, disciplina que para fazer jus à isenção prevista no seu bojo, se faz necessário que seja preenchida todas as condições contidas nos seus incisos de forma cumulativa, e no caso em tela, como ficou descrito na infração 01, o contribuinte deixou de satisfazer as condições dispostas nos incisos II e III do referido artigo, apesar do esforço do autuado em tentar interpretar de forma mais favorável à legislação. Transcrevendo Ementas deste CONSEF nºs 0037-02/03 e 0291-02/02, onde consta que “O abatimento, na nota fiscal, do valor correspondente ao imposto excluído em virtude da isenção constitui condição para fruição do benefício. É devida a exigência fiscal. Auto de Infração PORCEDENTE. Decisão unânime.”

Salienta que um dos motivos que levaram a SUFRAMA a não emitir o certificado de internamento das mercadorias, foi o fato do autuado não ter repassado o benefício fiscal para o adquirente, fato este reconhecido pelo autuado em sua peça de defesa, e ao contrário do que pensa, é condição *sine qua non* para fruição do benefício, que não visa beneficiar o vendedor, remetente da mercadoria e sim, o adquirente situado na Zona Franca de Manaus, que da forma como foi operacionalizado pelo autuante não obteve nenhum benefício, pois não teve o valor do imposto abatido do valor da mercadoria.

Destaca que a infração está descrita no Auto de Infração como sendo falta de comprovação do internamento das mercadorias na Zona Franca de Manaus e falta de atendimento do disposto no inciso II do art. 29 do RICMS. Desta forma refuta os argumentos defensivos e opina pela manutenção na íntegra a infração.

Quanto a infração 02, salienta que o contribuinte realizou vendas para Zona Franca de Manaus, sob o abrigo da isenção, e conforme disposto no art. 100, I, do RICMS/BA, está obrigado a estornar o crédito fiscal correspondente às entradas, visto que para as vendas realizadas para Zona franca de Manaus não existe regra expressa de manutenção de crédito. Diante do exposto, há de convir, que o contribuinte infringiu o referido dispositivo, quando deixou de estornar o crédito fiscal correspondente, nos valores expressos no Auto Infração, sendo ainda imputado a multa de 60%, conforme art. 42, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, por infração a legislação tributária.

No tocante a infração 03, diz que as operações originais das entradas das mercadorias no estabelecimento foram de recebimento de matéria primas para industrialização por encomenda, conforme alegou a própria defesa, onde as saídas em retorno deveriam ser de retorno de matéria prima recebida para industrialização e não utilizando o CFOP 5903. sendo assim, houve erro na emissão da nota fiscal pelo autuado, ao aplicar o CFOP não correspondente à operação passível de multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$ 50,00, por operação, totalizando o valor de R\$100,00, tipificado no art. 42, XXII, da Lei 7.014/96.

Argumenta que houve outro descumprimento de obrigação acessória, que induziu o autuante a imputação da infração, foi a falta de registro fiscal das notas fiscais originárias da COBAFI, conforme cópia do livro Registro de Entradas apenso a informação fiscal, que prova que as Notas Fiscais nºs 26619, 26881 e 27234, nos valores respectivos de R\$59.582,88, R\$62.021,02, R\$42.730,07, não foram escrituradas nos livros próprios, devendo ao contribuinte ser aplicada a multa de 1% do valor comercial das mercadorias, conforme art. 42, XI, da mesma lei, correspondendo às multas nos valores de R\$595,82, R\$620,21 e R\$427,30, nas data respectivas de 22/01/2003, 10/02/2003 e 12/03/2003.

Relativamente a infração 07, salienta que o autuado reconhece o débito perante o Erário Público Estadual, entretanto tenta impugnar algumas operações enquadradas pelo autuante, as quais passou a analisar:

1- Item 5.6 da defesa, o autuado alega que a mercadoria constante na Nota Fiscal de saída número 5266, emitida em 10/04/2004, sofreu processo de industrialização e não é comercialização de matéria prima. Ocorre que ao analisar as notas fiscais de entradas do produto, verificou que a mesma mercadoria que entra “FIO 280 DTEX”, é a mesma mercadoria da nota fiscal de saída supracitada, conforme cópia da nota fiscal de entrada número 5357 apensa a informação fiscal a título exemplificativo e dados extraídos dos arquivos SINTEGRA do contribuinte, tendo elaborado planilha para demonstrar, folha 217.

2- Item 5.7 da defesa, da mesma forma do item anterior, a autuação deve prosperar, tendo em vista os argumentos anteriormente expostos e a análise das notas fiscais de entradas das referidas materiais primas, que comprovam ser as mesmas mercadorias das notas fiscais de saídas, conforme cópias de notas fiscais de entradas números 5514 e 5750, apensa a informação fiscal a título exemplificativo e dados extraídos dos arquivos SINTEGRA do contribuinte, tendo elaborado planilha para demonstrar, folha 218.

3- Item 5.8 da defesa, da mesma forma do item anterior, a autuação deve prosperar, referente à Nota Fiscal 5910, emitida em 10.08.2004 e como explicitado anteriormente não propõe os argumentos da impetrante, pois, conforme Nota Fiscal de entrada nº 6045 e informações de dados extraídos dos arquivos SINTEGRA do contribuinte, refere-se à mesma mercadoria tanto na entrada como na saída, tendo elaborado planilha para demonstrar, folha 219.

4- Item 5.9 da defesa, argumenta que o artigo 409 do RICMS/BA, prevê na alínea “a”, inciso II do § 1º, que nas saídas de mercadorias a título de consignação mercantil, haverá o destaque do ICMS quando devido e no caso em questão, houve corretamente o destaque o ICMS e consequentemente o débito em conta corrente. Ocorre que havendo o débito em conta corrente o valor debitado foi usado no cálculo do DESENVOLVE incorretamente, tendo em vista que o benefício fiscal não abrange as

vendas de matérias primas que não sofreram nenhum processo de industrialização, conforme afirma o próprio autuado. Na saída em consignação considera-se tributa a mercadoria, visto que na posterior venda, é emitida nota fiscal sem o destaque do ICMS, a luz do art. 409, § 3º, inciso II, do RICMS/97.

Destaca que, apesar do autuado alegar que anexou a nota fiscal de retorno da saída em consignação mercantil, examinando os documentos acostados na peça impugnatória não foi identificado à referida nota fiscal, que sequer teve seu número citado na defesa. Ao final, opinou pela manutenção do valor reclamado.

Item 5.11 da defesa, acatou o argumento defensivo de que foi incluído indevidamente o desconto incondicional na base de cálculo do imposto, ressalvando que a ocorrência se deu em virtude do contribuinte ter omitido a informação no SINTEGRA.

Item 5.14 da defesa, o mesmo não merece fé, pois se houve pagamento a maior de valores referente a diferimento de imposto em virtude de benefício fiscal, o mesmo deve ser fruto de pedido de restituição, conforme artigo 112 do RICMS/97, visto que não se enquadra na situação de estorno ou anulação de débito.

Assevera que, diante de tudo que foi exposto, apenas considerando pertinente, as alegações descritas no item 5.11 da defesa, que reduz o valor original da infração de R\$23.773,72, para R\$23.295,21, em virtude da inclusão do desconto incondicional na base de cálculo da Nota Fiscal nº 5631, conforme refazimento do ANEXO 06 apenso a está informação fiscal.

Relativamente a infração 08, salienta que no mérito não existe lide, tendo em vista que o autuado reconhece que é devido o imposto, impugnando apenas a forma como foi elaborado o demonstrativo. Assevera que, em virtude do método utilizado, não prospera os argumentos do autuado, haja vista que o autuante levou em consideração, de forma conservadora, os valores de produtos adquiridos para comercialização com os valores das entradas totais com incidência de imposto no período, chegando a uma relação que mostra com clareza o percentual de aquisições para comercialização em relação às aquisições para industrialização, considerando que o método aplicado reflete o real valor devido pelo contribuinte.

Salienta que o método elaborado pelo contribuinte na sua defesa, utiliza as saídas totais de tecidos, incluindo saídas que não influenciam na apuração do imposto e que muitas vezes se referem a saídas simbólicas, distorcendo de forma acentuada o resultado obtido.

Quanto ao não abatimento do valor pago na diliação do benefício fiscal, refuta os argumentos apresentados, pois se houve pagamento a maior de valores referente a diferimento de imposto em virtude de benefício fiscal, o mesmo deve ser fruto de pedido de restituição, conforme art. 112 do RICMS/97, visto que não se enquadra na situação de estorno ou anulação de débito.

Ao finalizar, em relação a infração 08, destaca que acatou apenas o argumento do item 6.6, referente à inclusão indevida da Nota Fiscal 31.593, reduzindo o valor original da infração de R\$90.190,96 para R\$71.004,57, conforme ANEXO 07 apenso a informação fiscal.

Em nova informação fiscal, folhas 231 a 259, o autuado ao se manifestar sobre os novos demonstrativos elaborado pelo autuante na informação fiscal, salienta que o preposto fiscal não conseguiu trazer aos autos argumentos que já não estivesse rebatidos na impugnação, razão pela qual ser limitará a reiterar de forma sucinta as razões apresentadas na defesa inicial.

Em relação a infração 01, sobre as razões de defesa, o preposto fiscal aduziu a alegação do autuado de que a obrigação de abater do preço da mercadoria remetida para a ZFM o valor do imposto que seria devido caso não houvesse isenção contida no inciso II, do art. 29, do RICMS/97, constitui uma

obrigação acessória, não sendo requisito indispensável para o gozo do benefício, decorre de uma interpretação equivocada do referido dispositivo regulamentar.

Quanto a infração 02, reiterou os argumentos anteriores.

No tocante a infração 03, o preposto fiscal ficou impossibilitado de continuar sustentando o cometimento da infração em referência, pelo que resolveu convertê-lo em infração por descumprimento de obrigação acessória e exigir a multa correspondente. Aduz que não é dado à autoridade fazendária a faculdade de valer-se de simples informação fiscal para alterar a natureza da infração capitulada na peça acusatória, formular pretensão nova, impondo penalidade que não foi sequer objeto do lançamento original, como pretende o autuante. Para exigir a multa prevista pelo art. 42, XI e XXII, da Lei 7.014/96, é indispensável que o autuante promova um novo lançamento tributário.

No tocante a infração 07, em relação a conclusão do autuante, aduz que:

1-As Notas Fiscais nºs. 5266, 5447 e 5490, acobertaram sim saídas de produtos industrializados pelo autuado. Isso porque, embora tenha consignado no campo denominado “dados dos produtos” das referidas notas fiscais apenas a expressões “FIO 280 DTEX” e “FIO 550/560 DTEX”, o que poderia levar a crer que estes são as mesmas matéria-prima que adquire para empregar na sua produção, no campo denominado “dados adicionais” foi devidamente informado que se tratava de venda de carretéis urdidos que são produtos equiparados aos industrializados, na medida em que passam por um processo denominado urdimento. O urdimento é o processo pelo qual os fios adquiridos são postos em gaiolas (equipamentos integrados aos teares) para que sejam transferidos de bobinas que pesam em média 10 Kg para carretéis que pesam aproximadamente 200kg. Há neste processo um emaranhamento dos fios que passam a ser apresentados de forma unificada em carretéis. Procedimento equiparado a industrialização na forma do § 5º, II, do art. 2º do RICMS/97.

2- Na nota Fiscal nº 5.910, o autuante somente tomou por base o valor de R\$ 1.768,90, relativo à matéria-prima revendida (fio 250/280 DTEX), tendo, propositada e corretamente, excluído da apuração o valor referente ao produto industrializado (urdume 280), no valor de R\$ 6.900,29.

3- No que diz respeito ao abatimento dos valores pagos a título de amortização do saldo devedor do ICMS incentivado, diz não concordar com o autuante ao opinar que os mesmos são objeto de pedido de restituição.

Relativamente a infração 08, a presente infração possui o mesmo objeto daquele disposto no item anterior, com a diferença de que o lançamento do imposto aqui exigido se deu por conta de recolhimento a menos do ICMS devido sobre revendas de mercadorias (tecidos) adquiridos em estado final para comercialização, em razão do aproveitamento indevido do benefício do DESENVOLVE.

A despeito de ter reconhecido a procedência da infração no que diz respeito ao mérito, o autuado, questionou o critério utilizado pelo autuado, o qual apurou a representatividade das entradas de tecidos no período autuado em relação ao total de entradas havidas, estabelecendo, um percentual que foi utilizado para apurar o valor do benefício, pois entende que fosse levantada a quantidade de tecidos adquiridos no mês para a revenda. Reconhece como devido o valor de R\$23.874,46.

Ao finalizar, requer a improcedência das infrações 01, 02 e 03 e procedência em parte das infrações 07 e 08.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 08 (oito) infrações.

Na peça defensiva, o autuado reconheceu as infrações 04, 05 e 06. Portanto, não existe lide em relação às referidas imputações, estando caracterizadas.

Assim, a lide no caso presente encontra-se restrita às acusações 01, 02, 03, 07 e 08, consignadas no Auto de Infração, as quais passo a analisar.

Na infração 01, é imputado ao autuado falta de recolher o ICMS, devido em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA. Acrescenta que o estabelecimento remetente não abateu do preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido se não houvesse a isenção, indicando expressamente na Nota Fiscal, contrariando a condição estabelecida no art. 29, II do RICMS/BA.

Entendo que a infração em tela restou caracterizada, uma vez que, a legislação tributária estadual, ao tratar da regulamentação do benefício de isenção, nas operações com produtos industrializados destinados à Zona Franca de Manaus, especialmente no art. 29 do RICMS/97, estabelece diversas condições a serem observadas para a fruição do benefício, entre elas, o inciso II do mencionado artigo, determina que o estabelecimento remetente deve abater no preço da mercadoria o valor equivalente ao imposto que seria devido, se não houvesse a isenção, e neste caso, o abatimento deve ser indicado expressamente na Nota Fiscal. No inciso III do mesmo artigo, prevê que a isenção é condicionada à comprovação da entrada efetiva dos produtos no estabelecimento destinatário;

O autuado não comprovou o internamento das mercadorias na Zona Franca de Manaus e também não comprovou ter atendido o disposto no inciso II do art. 29 do RICMS. A título de exemplo, transcrevo as ementas abaixo:

“ACÓRDÃO JJF Nº 0291-02/02

*EMENTA: ICMS. ZONA FRANCA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE ABATIMENTO, NO PREÇO DA MERCADORIA, DO VALOR EQUIVALENTE AO IMPOSTO QUE SERIA DEVIDO SE NÃO HOUVESSE A ISENÇÃO. O abatimento, na nota fiscal, do valor correspondente ao imposto excluído em virtude da isenção constitui condição para fruição do benefício. É devida a exigência fiscal. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.”*

“ACÓRDÃO JJF Nº 0037-02/03

*EMENTA: ICMS. ZONA FRANCA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE ABATIMENTO, NO PREÇO DA MERCADORIA, DO VALOR EQUIVALENTE AO IMPOSTO QUE SERIA DEVIDO SE NÃO HOUVESSE A ISENÇÃO. O abatimento, na nota fiscal, do valor correspondente ao imposto excluído em virtude da isenção constitui condição para fruição do benefício. É devida a exigência fiscal. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão não unânime.”*

Assim, entendo que a infração restou caracterizada.

Na infração 02, é imputado ao autuado a falta do estorno de crédito fiscal do ICMS, no relativo às entradas de matéria prima, material secundário, material de embalagens etc., utilizado na fabricação de produtos industrializados com benefício de isenção, destinados à Zona Franca de Manaus, com manutenção do crédito fiscal não previsto na legislação.

Em relação a infração, este CONSEF, em decisões mais recentes modificou o entendimento em relação a manutenção dos créditos, de acordo com o parecer da PGE/PROFIS de 05/06/2005 proferido pela ilustre Procuradora Maria Dulce B. da Costa sobre idêntica matéria, ao se posicionar no sentido de que estando com a eficácia suspensa (Convênio 02/90 e 06/90), “o contribuinte não poderia ter sido

submetido à autuação, porquanto não se poderia inquinar de ilegítimo o procedimento por ele adotado. Entender de forma diversa equivaleria a negar vigência à decisão do STF, cuja aplicação é, como cediço, erga omnes”, tendo a 2<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, mediante Acórdão CJF nº 0119-12/06, mantido este mesmo entendimento. Assim, a infração é improcedente.

Na infração 03, é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, na devolução de mercadorias tributáveis, cuja entrada foi escriturada com utilização de crédito, e a respectiva saída se deu com documento fiscal sem destaque de imposto.

Entendo razão assistir ao autuado, pois ficou comprovado que não houve a utilização do crédito quando da entrada das mercadorias devolvidas, fato acatado pelo autuante ao prestar a informação fiscal. Também, concordo com a defesa de não é possível de aplicar a penalidade formal, como pretende o autuante, uma vez que muda o fulcro da autuação.

Logo, entendo que a infração é improcedente.

Na infração 07, é imputado ao autuado recolhimento a menos do ICMS, em razão do aproveitamento indevido do benefício do DESENVOLVE nas revendas de matérias-primas.

Em sua peça defensiva inicial, o autuado apontou diversas notas fiscais que deveriam ser excluídas da autuação, tendo o autuante, quando da informação fiscal, acatado e excluído quase todos os documentos questionados, exceto as Notas Fiscais nºs 5266, 5447 e 5490.

Ao se manifestar sobre os novos demonstrativos revisados durante a informação, em relação as Notas Fiscais nºs. 5266, 5447 e 5490, asseverou o autuado que as mesmas acobertaram saídas de produtos industrializados pelo autuado. Argumentando porque, embora tenha consignado no campo denominado “dados dos produtos” das referidas notas fiscais apenas a expressões “FIO 280 DTEX” e “FIO 550/560 DTEX”, o que poderia levar a crer que estes são as mesmas matéria-prima que adquire para empregar na sua produção, no campo denominado “dados adicionais” foi devidamente informado que se tratava de venda de carretéis urdidos que são produtos equiparados aos industrializados, na medida em que passam por um processo denominado urdimento. O urdimento é o processo pelo qual os fios adquiridos são postos em gaiolas (equipamentos integrados aos teares) para que sejam transferidos de bobinas que pesam em média 10 Kg para carretéis que pesam aproximadamente 200 kg. Há neste processo um emaranhamento dos fios que passam a serem apresentados de forma unificada em carretéis. Procedimento equiparado a industrialização na forma do § 5º, II, do art. 2º do RICMS/97.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acatado, deve ser excluídas da planilha elaborada durante a informação fiscal, os valores relativos as Notas Fiscais nºs 5266 (abril/04), 5447 (maio/04) e 5490 (maio/04), ficando os valores reduzidos, em relação a informação fiscal, para R\$4.224,76 e R\$717,87.

No que diz respeito ao pedido do autuado, no sentido de que seja abatido dos valores pagos, a título de amortização do saldo devedor do ICMS incentivado, o mesmo não pode ser acolhido, devendo o autuado formalizar o pedido de restituição, o qual será devidamente analisado.

Logo, entendo que a infração é parcialmente procedente conforme abaixo:

MÊS	ANO	ICMS DEVIDO
12	2003	201,61
1	2004	975,49
2	2004	1.602,95
3	2004	1.923,14
4	2004	4.224,76
5	2004	717,87
6	2004	7.068,98

7	2004	236,09
8	2004	193,35
9	2004	957,74
12	2004	1.530,24
TOTAL		19.632,22

Na infração 08, é imputado ao autuado erro na apuração do ICMS devido, resultando recolhimento do imposto a menos, por questões de interpretação de tabela do regulamento do “Desenvolve”.

A presente infração possui o mesmo objeto do item anterior, com a diferença de que o lançamento do imposto aqui exigido se deu por conta de recolhimento a menos do ICMS devido sobre revendas de mercadorias (tecidos) adquiridos em estado final para comercialização, em razão do aproveitamento indevido do benefício do DESENVOLVE.

A despeito de ter reconhecido a procedência da infração no que diz respeito ao mérito, o autuado, questionou o critério utilizado pelo autuado, o qual apurou a representatividade das entradas de tecidos no período autuado em relação ao total de entradas havidas, estabelecendo, um percentual que foi utilizado para apurar o valor do benefício.

Entendo que qualquer critério que venha a utilizado para apurar o montante do imposto devido terá sempre algum questionamento. Entretanto, tal situação foi motivada pelo autuado, o qual goza de um benefício, por ser um estabelecimento industrial, para os produtos de sua produção, resolveu este a realizar operações típicas de comercialização, ou seja, adquirindo mercadorias (produto acabado) e revendendo, utilizando indevidamente do benefício fiscal.

De igual modo do posicionamento na infração anterior, no que diz respeito ao pedido do autuado, no sentido de que seja abatimento dos valores pagos a título de amortização do saldo devedor do ICMS incentivado, o mesmo não pode ser acolhido, devendo o autuado formalizar o pedido de restituição, o qual será devidamente analisado.

Entretanto, deve ser excluída da autuação a Nota Fiscal nº 31.593, de acordo com o novo demonstrativo elaborado na informação fiscal.

Logo, a infração restou parcialmente caracterizada no valor de R\$71.004,57, conforme abaixo:

MÊS	ANO	ICMS DEVIDO
12	2003	17.315,15
1	2004	45.827,58
4	2004	2.385,23
5	2004	4.098,61
6	2004	332,13
7	2004	28,55
8	2004	1.017,31
TOTAL		71.004,56

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	ICMS DEVIDO
1	25.912,92
2	0,00
3	0,00
4	10.677,91

5	7.433,55
6	117.711,72
7	19.632,22
8	71.004,56
TOTAL	252.372,88

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281082.0002/05-3, lavrado contra **BMD TÊXTEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 252.372,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "a", "b", "f" e VII, "b", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR