

A. I. N º - 210432.0002/06-3
AUTUADO - ENGEPACK EMBALAGENS S/A.
AUTUANTE - LUCIANO SILVA MORAES
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 30.01.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0005-01/07

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O LANÇADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO. Demonstrado que o contribuinte se valeu indevidamente dos benefícios do programa DESENVOLVE, reduzindo o imposto a pagar. Infração caracterizada. **b)** REGISTRO DE SAÍDAS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração reconhecida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 25/09/2006, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

01 – Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de abril, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2005 e janeiro a março de 2006, no valor de R\$906.952,59, com aplicação da multa de 60%.

Consta que a infração decorreu do uso indevido do benefício fiscal de dilação de prazo para pagamento de 80% do saldo devedor do ICMS sobre todas as operações do estabelecimento, em vez de utilizar o benefício apenas sobre as operações de industrialização próprias incentivadas, conforme o inciso II, art. 1º, da Resolução nº 110/2005 do Desenvolve, que habilitou o contribuinte preliminarmente na classe IV (percentual de 60%) pelo prazo de 72 meses, posteriormente retificada para a classe II (percentual de 80%) pelo prazo de 120 meses. Foi refeita a conta corrente fiscal, separando os créditos e os débitos do ICMS das operações incentivadas decorrentes de operações de industrialização em detrimento das demais operações não incentivadas. Tudo conforme Demonstrativo Anexo I-A a Anexo I-H, cópias de livros e documentos juntados ao PAF, cujas cópias foram entregues ao contribuinte;

02 – Deixou de recolher, no prazo regulamentar, o ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio e dezembro de 2004, abril, julho, setembro e outubro de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$ 34.688,40, acrescido da multa de 50%. Consta que não foram atendidas as condições de retorno, no prazo regulamentar, referente a operações de remessas internas e interestaduais de mercadorias para conserto com suspensão do ICMS, conforme Demonstrativo Anexo II, cópias de livros e documentos juntados ao PAF, cujas cópias foram entregues ao contribuinte.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às folhas 120 a 130, reconhecendo a procedência da infração 02, considerando que as mercadorias objeto da imputação haviam sido remetidas para conserto, tendo retornado após o prazo regulamentar, o que significou perda do direito à suspensão do imposto. Afirmou que providenciaria o recolhimento dos valores exigidos.

No tocante à infração 01, argüiu que a primeira questão a ser ressaltada diz respeito à sistemática de apuração do benefício fiscal concedido pelo Programa Desenvolve, que se refere a um incentivo financeiro concedido pelo Estado, para estimular o desenvolvimento da atividade industrial em seu território, não se estendendo, deste modo, às demais operações. Os beneficiários do referido programa têm o direito de financiar uma parte do saldo devedor apurado em cada período de apuração, obrigando-se a recolher o saldo restante à vista. No período da autuação, o impugnante tinha o direito de financiar 80% do saldo devedor apurado, devendo recolher, portanto, 20% à vista.

Considerando que o Desenvolve foi criado há poucos anos e por não haver regulamentação clara a respeito da fórmula de cálculo do incentivo, de modo a “consolidar” o ICMS apurado, muitas empresas se equivocaram ao calcular o valor do incentivo, fato que ocorreu com o autuado, o que resultou em recolhimento a menor do imposto em alguns períodos de apuração e em recolhimentos a maior em outros. Asseverou que sendo feitas as exclusões concernentes às operações não incentivadas (não relacionadas à industrialização), se verificará que houve recolhimento a maior que o realmente devido, não havendo valores a serem recolhidos e sim a serem restituídos.

Salientou que ao refazer a sua conta corrente fiscal, o autuante identificou, com base nos CFOP's - Códigos Fiscais de Operação, as operações de entrada e de saída relacionadas com industrialização do próprio estabelecimento, separando-as das demais operações, recalculando os valores dos incentivos e reapurando, desse modo, os valores do ICMS a ser recolhido.

Argüiu que sendo fabricante de embalagens plásticas, especificamente preformas e garrafas PET, adquire resina PET, para realizar a “injeção”, transformando-a em preforma, ou adquire preformas para transformá-las, após o “sopro”, em garrafas. Argumentou que apesar da preponderância de operações de industrialização para a produção e venda de preformas e de garrafas, também realiza operações de revenda ou de transferência de preformas adquiridas de terceiros, em decorrência de necessidades específicas dos clientes ou de outros estabelecimentos da empresa.

Exemplificando, disse que se um cliente situado em outro Estado necessitar de uma grande quantidade de garrafas e a unidade da empresa ali localizada não dispuser de preformas suficientes em seu estoque, o estabelecimento da Bahia poderá transferir preformas de sua produção própria ou adquiridas de terceiros, considerando a inviabilidade econômica do envio de garrafas “sopradadas”, devido ao custo do transporte de ar. Destacou, ainda, que algumas preformas utilizadas pelos clientes não são produzidas no estabelecimento deste Estado, fazendo-se necessária a transferência de peças adquiridas de terceiros. Frisou, no entanto, que as transferências ou revendas de mercadorias adquiridas são exceção em suas operações.

Ressaltou que não há como saber, no momento da entrada em seu estabelecimento, se as preformas serão revendidas ou transferidas, considerando que a regra geral é que esses materiais sejam utilizados para a fabricação de garrafas, sendo registradas como “compras para industrialização” com os CFOP's 1.101 ou 2.101.

O autuado argüiu que apesar da fiscalização haver excluído do cálculo do incentivo, os valores dos débitos pelas saídas em transferência (CFOP 6.152) e pelas vendas de mercadorias recebidas de terceiros (CFOP 6.102), não excluiu os valores dos créditos relativos às entradas de mercadorias posteriormente revendidas, por ter se limitado a verificar o livro Registro de Apuração, sem analisar os livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, ora juntados ao PAF. Aduziu que através desses livros pode-se constatar, por meio de uma comparação com as planilhas que anexou (Doc. 03 – fls. 141 a 839), que o autuante não excluiu do cálculo do incentivo, o valor das entradas das mercadorias transferidas e revendidas.

A fim de corroborar o quanto alegado, juntou cópias reprográficas das notas fiscais de saída

referentes às operações de revenda e de transferência de mercadorias recebidas ou adquiridas de terceiros, correspondentes ao mês de novembro de 2005 (Doc. 04 – fls. 841 a 858), que acertadamente foram excluídas pelo autuante, assim como das notas fiscais de entrada das mesmas mercadorias (Doc. 05 – fls. 860 a 881), as quais não foram excluídas pela fiscalização.

Insurgiu-se contra o cálculo do incentivo realizado, alegando que ao deixar de excluir o valor dos créditos referentes às aquisições de mercadorias que posteriormente foram revendidas ou transferidas, o autuante reduziu indevidamente o saldo devedor apurado e, consequentemente, o valor do incentivo a que tinha direito. Disse não restar dúvida quanto ao entendimento de que o incentivo deve ser calculado apenas em relação às operações industriais, salientando, porém, que a fiscalização excluiu do cálculo o valor dos débitos, sem excluir os créditos correspondentes.

Com base em tabela que elaborou, ressaltou que durante o período fiscalizado efetuou recolhimentos a maior no montante de R\$ 93.463,45, o que pode ser constatado nos demonstrativos anteriormente citados, asseverando não haver débito a ser exigido, e sim valor a ser restituído, em face dos pagamentos a maior realizados.

Destacou que nas operações de transferência não são incluídos o PIS e a COFINS, enquanto que nas aquisições das mercadorias ocorre a incidência dos valores correspondentes, o que justifica que às vezes o crédito do ICMS decorrente da entrada pode ser maior do que o débito na transferência entre estabelecimentos da mesma empresa, gerando um saldo credor na operação.

Pleiteou o cancelamento da exigência, por considerar corretos os critérios adotados para cálculo do incentivo, o que resultou em recolhimento a maior de ICMS. Requeru que, no caso de existir o entendimento de que os documentos acostados não são suficientes para comprovar essa assertiva, que seja determinada diligência fiscal, para que sejam respondidas as seguintes questões:

1 - No cálculo dos incentivos, a fiscalização excluiu os créditos referentes às entradas das mercadorias adquiridas ou recebidas de terceiros, posteriormente vendidas ou transferidas, cujos débitos haviam sido excluídos?

2 - Qual o valor do ICMS apurado após a exclusão dos créditos relativos às entradas das mercadorias mencionadas?

O autuante prestou informação fiscal às fls. 883-A a 888, argüindo que foram observados todos os dispositivos legais que regulam o procedimento e o processo administrativo fiscal, estando as infrações devidamente caracterizadas, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, constando nos demonstrativos elaborados, a reprodução fiel do teor dos fatos verificados, acompanhados das provas necessárias e suficientes à sua demonstração.

Observou que a argumentação defensiva é desprovida de fundamentação legal, não merecendo fé e que tem um caráter meramente protelatório, inexistindo um verdadeiro contraditório a ser solucionado, conforme explicações apresentadas nos seguintes pontos:

- a) Houve reconhecimento do autuado quanto à exigência relativa à infração 01;
- b) Reconheceu que o Programa Desenvolve beneficia tão somente a atividade industrial, não se estendendo às demais operações e que sobre o saldo devedor referente a cada período de apuração deveria separar a parte relativa ao financiamento, recolhendo a parcela restante à vista;
- c) Admitiu não ter atendido as exigências regulamentares do citado programa, principalmente por não ter separado das operações incentivadas aquelas sem direito ao incentivo, informando que também realizava operações de revenda e de transferência de mercadorias adquiridas de terceiros;

- d) Reconheceu o acerto do autuante quanto à exclusão dos débitos de ICMS referentes às saídas em transferência e às saídas de mercadorias recebidas de terceiros;
- e) Solicitou a exclusão dos valores dos créditos relativos às entradas das mercadorias posteriormente transferidas e revendidas, que teriam sido registradas como “compras para industrialização” (CFOP’s 1.101 ou 2.101), sem apresentar os elementos necessários (levantamento quantitativo de estoques) à comprovação inequívoca de que tais mercadorias se tratavam das mesmas que haviam sido adquiridas através das notas fiscais de entrada anexadas à sua defesa e nem que haviam sido lançadas na escrita fiscal sob aqueles códigos. Não atentou para o fato de que o autuante considerara os créditos fiscais de todas as notas fiscais de entrada de mercadorias escrituradas em seus livros fiscais, de acordo com sua destinação e finalidade, em conformidade com os códigos CFOP lançados em seus registros. Existem notas fiscais de entrada de mercadorias semelhantes, que foram lançadas sob os códigos 1.102 ou 2.102, que não foram consideradas nos demonstrativos elaborados pelo próprio autuado, além de inconsistências observadas em seu levantamento, onde consta, como exemplo, a emissão de nota fiscal de saída de mercadoria anterior ao suposto registro de entrada da mesma mercadoria (vide fls. 143 e 211);
- f) Confessou o cometimento de infração ao disposto no art. 56, inciso V, do RICMS/BA, ao evidenciar a utilização de base de cálculo do ICMS em operações de saídas por transferência, em valor menor que aquele incidente na entrada das mesmas mercadorias, ao tentar justificar o lançamento de débitos de ICMS a menor em sua escrituração fiscal, o que repercutiu no recolhimento a menor do imposto.

Ressaltou que sendo as atividades de fiscalização, apuração e lançamento, plenamente vinculadas, com base no art. 3º, § único, do art. 142, do CTN, lavrou o Auto de Infração, após o monitoramento das atividades do contribuinte e constatação de irregularidades concernentes à utilização indevida do benefício fiscal do Desenvolve, que se refere à dilação do prazo de pagamento do ICMS nas operações próprias, gerado em função dos investimentos previstos no projeto incentivado, permitindo o lançamento do crédito em favor do Estado.

Salientou ter refeito a conta corrente fiscal, separando os créditos e débitos do ICMS das operações incentivadas relativas à industrialização, em detrimento das demais operações, encontrando o saldo devedor, a ser beneficiado e, por consequência, o valor da parcela com prazo de pagamento dilatado, para confrontá-lo com o valor do benefício indevidamente utilizado por meio de lançamento no campo 12 do livro RAICMS, como dedução do valor a recolher.

Para exemplificar, informou que no mês de abril de 2005 ficou comprovado que o valor do benefício a ser utilizado seria de R\$ 297.021,34, referente à dedução do valor a recolher, conforme previsão da Resolução 110/2005, em vez da utilização indevida de R\$ 415.410,62, lançado no RAICMS, o que resultou num recolhimento de R\$ 77.889,50, restando uma diferença a recolher no valor de R\$ 138.382,02, conforme apuração constante do demonstrativo de fl. 27 do PAF. Nos demais períodos foi utilizado o mesmo critério, apurando as diferenças constantes dos demonstrativos de fls. 28 a 34, que evidenciam como o contribuinte se valeu indevidamente dos benefícios do Programa Desenvolve, reduzindo os valores do imposto a pagar.

Lembrou que a legislação tributária condiciona o uso do crédito fiscal ao cumprimento de formalidades garantidoras da idoneidade do documento fiscal. O fato da documentação fiscal apensada pela defesa estar escriturada sob os CFOP’s 1.101 ou 2.101, indica que o autuado utilizou tais mercadorias em seu processo industrial, faltando a necessária comprovação de que, efetivamente, tais mercadorias não foram consumidas em seu processo produtivo, por meio de um completo levantamento quantitativo de estoques de mercadorias.

Alegou que o autuado se equivocou ao afirmar que não excluiu os créditos referentes a operações de alegadas transferências, devido a um pretenso desconhecimento da destinação futura das

mercadorias, o que o impediria de cumprir as exigências da legislação, que são coercitivas para assegurar o direito da utilização dos créditos fiscais, restando, desse modo, proceder a subsunção dos fatos à norma legal, inclusive por inexistir nota fiscal de entrada de mercadorias semelhantes lançadas em sua escrita fiscal sob os códigos 1.102 ou 2.102, cujos créditos foram considerados pelo autuante na apuração do ICMS não incentivado, porém não o foram nos demonstrativos efetuados pelo impugnante, para compensar as quantidades e o consequente débito de ICMS nas saídas por transferência (CFOP 6.152) e nas saídas de mercadorias recebidas de terceiros (CFOP 6.102).

Argüiu não ter sido ferido o princípio da não cumulatividade, já que foram considerados todos os créditos fiscais escriturados, independentemente da análise de sua legitimidade, que será realizada em outro momento, desde quando a operação programada foi de monitoramento.

Considerando que além das infrações tipificadas neste PAF, foram constatadas outras irregularidades ao Regulamento do Desenvolve, que prevêem a possibilidade de cancelamento do benefício no caso de reincidência de atraso de pagamento que provoque suspensão ou diante da constatação de dolo ou má-fé na prestação de informações, sugeriu o encaminhamento de cópia da informação fiscal, bem como do Acórdão de Julgamento ao Gabinete da SEFAZ, visando a análise dos fatos apontados, objetivando fundamentar o possível cancelamento do benefício fiscal, pelos motivos que expôs:

- 1) O autuado obteve, em 01/04/2005, a concessão do benefício do Desenvolve para dilação do prazo de pagamento do saldo devedor de 60% do ICMS relativo às operações próprias geradas em razão dos investimentos previstos no projeto, pelo prazo de 72 meses, através da Resolução 110/05 (fl. 24); o benefício foi ampliado em 19/04/2005, através da mudança da classe IV para a classe II (80%) e ampliação do prazo de fruição do benefício para 120 meses, por meio de “Retificação” (fl. 25). Tal alteração diverge do pleito do interessado e dos compromissos prévios assumidos entre as partes, por meio do Protocolo de Intenções, não existindo comprovação de análise técnica que fundamente a alteração, dada a ausência do relatório de análise que deveria ter sido elaborado pela Secretaria Executiva do Programa, para fundamentar a decisão do Conselho Deliberativo que aprovou a “Retificação”, o que contraria o § único, do art. 7º, e o art. 11, do Dec. 8.205/02 (instituidor do Programa Desenvolve), que prevêem os parâmetros para os casos de migração, além da previsão contida no art. 10, § 3º, inciso II, do mesmo decreto, que trata do prazo de fruição do benefício, vinculando-o ao prazo já previsto em relação ao Programa Bahiaplast;
- 2) O autuado possui um sócio/dirigente em situação irregular no CICMS-BA desde 28/06/2003, devido a sua participação na empresa Companhia Brasileira de Poliuretanos, inapta perante a SEFAZ, além de possuir o PAF 296552305, com valor atualizado de R\$ 3.213.759,41, em situação de parcelamento interrompido desde 16/12/2002, contrariando as disposições do art. 10, inciso II, do Dec. 8.205/02;
- 3) Falta de comprovação da integral realização do investimento projetado através de laudo emitido pela Secretaria Executiva do Desenvolve, e, quando necessário, do Desembahia, conforme previsão do art. 16 do Dec. 8.205/02;
- 4) Falta de comprovação de cumprimento das obrigações previstas nos incisos I e II, do art. 17, do referido decreto;
- 5) Considerando a comprovação de recolhimento a menos do ICMS não incentivado nos meses de outubro a dezembro de 2005, foi formulada consulta à DITRI/GECOT em 27/09/2006, para obter uma interpretação de que esse fato implica na perda do direito ao benefício em relação às parcelas incentivadas naqueles meses, de acordo com o art. 18 do Dec 8.205/02, para subsidiar a cobrança da diferença em nova autuação, através da fiscalização vertical que já se encontra em andamento;
- 6) A utilização nas saídas por transferência de base de cálculo menor que aquela referente à

entrada da mercadoria, colide com a regra prevista no art. 56, inciso V, do RICMS/97;

7) Prestação de declarações falsas, com indícios de simulação (crime contra a ordem tributária, com base no art. 10 e nos incisos I e II, do art. 20, da Lei 8.137/90) de um ato com aparência jurídica normal, sem, na verdade, visar o efeito que juridicamente deveria produzir, a exemplo da emissão e registro das Notas Fiscais 42.085 e 42.148 (janeiro/2006), como se fossem vendas de mercadorias resultantes do processo de industrialização própria (CFOP 6.101), porém tratando-se de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros (CFOP 6.102), aumentando o débito de ICMS de operações incentivadas e, consequentemente, reduzindo o valor da parcela do imposto a ser pago a vista.

Asseverou ter constatado que a sistemática adotada demonstra um total descaso com as regras estabelecidas na legislação tributária infraconstitucional, condição indispensável para utilização dos benefícios fiscais do Desenvolve, estando desprovida de previsão legal a defesa interposta, desde quando suas alegações carecem de fundamentação jurídica e considerando que as infrações estão comprovadas.

Manteve integralmente o lançamento efetuado, sugerindo a procedência do Auto de Infração.

Através de requerimento constante às fls. 890/891, o autuado anexou o DAE - Documento de Arrecadação Estadual (fl. 892) referente à quitação da infração 02, com os benefícios da Lei 10.328/06, conforme extrato do SIGAT - Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária/SEFAZ (fl. 897).

À fl. 898 consta recibo referente à entrega ao autuado de cópias das folhas correspondentes à informação fiscal.

O sujeito passivo apresentou nova manifestação às fls 900 a 907, quando afirmou que não se insurgia contra a separação dos créditos e débitos do ICMS das operações incentivadas e não incentivadas, feita pelo autuante, apesar de ressaltar que não existe uma regulamentação clara a respeito da forma de calcular o incentivo, existindo, inclusive, controvérsias a respeito na própria SEFAZ.

Insurgiu-se, entretanto, quanto à maneira como foi refeita a sua conta corrente fiscal, por considerar não ter ocorrido uma correta separação dos créditos referentes às operações que gozavam ou não do benefício, isto porque não há como saber, no momento da entrada das preformas, quais serão objeto de saídas em transferência ou revendidas, ao invés de serem utilizadas em seu processo fabril. Argüiu que, neste caso, ao constatar o equívoco do impugnante, o autuante, com base no princípio da estrita legalidade, deveria ter procedido a um completo levantamento do seu processo produtivo, para fins de chegar à verdade material. Por não ter agido dessa forma, nem pode contestar a documentação e a apuração apresentada na peça defensiva. Ressaltou que o Auto de Infração é improcedente, por terem sido considerados todos os créditos escriturados pelo autuado, porém sem separar os créditos decorrentes das operações alcançadas pelo benefício daquelas não incentivadas.

Em seguida, o impugnante atacou, ponto por ponto, as observações feitas pelo autuante a respeito de supostas irregularidades perante o Programa Desenvolve:

Concessão do incentivo - Existe resolução reconhecendo o incentivo usufruído, que foi regularmente aprovado pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve, após análise dos requisitos exigidos à sua concessão, não constando nenhuma irregularidade ou pendência de sua empresa no referido Conselho;

Débito de dirigente da empresa - Disse que o art.10, inciso II, do Dec. 8.205/02 destaca que não poderão habilitar-se ao Desenvolve as empresas inadimplentes com o Estado, com decisão definitiva no âmbito administrativo. Salientou, porém, que não se pode invocar débito relativo a

pessoa jurídica distinta e que, ainda assim, o referido débito não foi inscrito em dívida ativa, além do que a situação "parcelamento interrompido" não traz qualquer repercussão jurídica, já que alguns débitos do Auto de Infração foram quitados, enquanto terá prosseguimento a discussão dos demais débitos, de acordo com o devido processo legal. Além de não existir nenhuma prova quanto à irregularidade no parcelamento, um eventual impedimento à fruição do incentivo deveria ser declarado pelo citado conselho;

Violação aos artigos 16 e 17 do Dec. 8.205/02 - As obrigações ali previstas são do controle do Conselho Deliberativo do Desenvolve, não influindo no resultado da lide. Desconhece a existência de pendências perante esse órgão;

Recolhimento a menor / perda do benefício - Não há que se falar em recolhimento a menor do imposto não incentivado, considerando que o fiscal não procedeu à correta apuração dos valores devidos. Ademais, a eventual perda do benefício ou a ocorrência de nova autuação não podem influir no julgamento deste Auto de Infração;

Violação ao art. 56, inciso V, do RICMS/97 / base de cálculo - Não ocorreu infringência a esse dispositivo legal, pois a redução dos valores decorreram exclusivamente da não incidência do PIS e da Cofins nas operações de transferência;

Declarações falsas / indícios de sonegação - Rechaçou tais acusações, ressaltando ser uma empresa idônea e cumpridora de suas obrigações. No que se refere à alteração do CFOP referente às Notas Fiscais 42.085 e 42.148, argüiu ter ocorrido um erro involuntário, porém numa margem aceitável, já que a fiscalização abrangeu o período de 01/01/2004 a 31/03/2006, tendo sido identificados tais erros de classificação apenas nesses dois documentos fiscais. Salientou não haver sentido a afirmação de que o autuado pretendia aumentar o débito do ICMS incentivado, já que à época não realizava a separação entre os créditos e os débitos das operações incentivadas e não incentivadas.

Afirmou ter comprovado que as irregularidades apontadas pelo autuante não têm relação direta com o presente caso e, se existentes, deverão ser analisadas pelo Conselho Deliberativo do Desenvolve.

Ratificou a impugnação apresentada, reiterando o pedido de produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente através de diligência fiscal.

VOTO

No caso em tela, o Auto de Infração exige ICMS em decorrência da verificação de recolhimento a menos do imposto devido a erro na apuração dos valores a serem beneficiados pelo Programa Desenvolve e por falta de recolhimento do ICMS em razão do não atendimento da condição do retorno de mercadorias remetidas para conserto.

Da análise dos elementos constantes dos autos constato que, em momento algum, o autuado ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário.

Observo que o sujeito passivo não impugnou o lançamento referente ao segundo item da autuação, concordando com os termos do lançamento tributário, tendo, inclusive, efetuado o recolhimento do imposto exigido. Vejo que o procedimento fiscal foi realizado atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta. Deste modo, a infração 02 é procedente.

No que se refere à infração 01, verifico que em relação a cada período objeto da autuação, a fiscalização identificou, através dos Demonstrativos de Débito do ICMS - Desenvolve, todos os

lançamentos efetivados pelo impugnante, indicando-os por meio dos respectivos CFOP's, tanto em relação aos créditos como aos débitos de ICMS. Os valores correspondentes às operações amparadas pelo benefício, isto é, em relação às quais cabia o direito ao financiamento estabelecido pelo programa, estão perfeitamente identificados. Ademais, vejo que estão apontados, paralelamente, os equívocos cometidos pelo autuado na metodologia de apuração empregada.

Saliento que as justificativas da defesa não têm sustentação, em primeiro lugar, por considerar que a regulamentação do cálculo do incentivo não deixa margens a dúvidas, pois está evidente que o mesmo apenas alcança as operações relativas a saídas de mercadorias produzidas no estabelecimento beneficiário, estando excluídas, por via de consequência, as operações de transferência e de venda de mercadorias adquiridas de terceiros, restando comprovado que o autuado arrolou tais operações no cômputo das parcelas consideradas como amparadas pelo referido benefício fiscal. Quanto à argüição de que em operações de transferência de mercadorias adquiridas de terceiros, a base de cálculo utilizada seria menor que aquela relativa às respectivas entradas, o que geraria um crédito fiscal maior que o correspondente débito, a mesma não tem nenhum amparo, por falta de previsão legal e por contrariar, inclusive, a disposição contida nos incisos IV e V, do art. 56, do RICMS/97.

O autuado alegou, ainda, que não havia como saber, no momento da entrada em seu estabelecimento, se algumas mercadorias adquiridas seriam revendidas ou transferidas, por considerar que a regra geral é que esses materiais sejam utilizados para a fabricação de garrafas. Contesto tal assertiva, pois, nesses casos, o contribuinte poderia, simplesmente, deduzir os créditos e débitos correspondentes, excluindo-os dos cálculos concernentes ao ICMS beneficiado pelo Desenvolve e agregando-os aos valores relacionados com o imposto que recebe o tratamento normal (não incentivado).

Ressalto que o autuante, quando do refazimento do conta corrente, considerou, de forma acertada, integralmente os créditos fiscais, ou seja, o imposto destacado nos documentos fiscais relativos às aquisições de mercadorias destinadas à industrialização ou à comercialização, tendo quando da reconstituição do imposto devido em cada período, consignado as entradas e saídas para industrialização, com o benefício fiscal do Desenvolve, excluindo, dessa forma, os valores relativos às operações de saídas de mercadorias não incentivadas.

Saliento que a alegação do autuado de que parte das mercadorias adquiridas para a indústria foram comercializadas e por isso o cálculo da apuração do conta corrente deveria ser refeito, não pode prosperar, haja vista que não existe nos autos nenhuma comprovação quanto ao controle de produção e estoques, que possibilitasse identificar as quantidades de mercadorias adquiridas para industrialização, que haviam saído sem sofrer o processo industrial.

Quanto ao exemplo da situação levantada pelo autuado, de que a Nota Fiscal nº 37.050 (fl. 860) se tratava de aquisição de mercadorias para industrialização e de que a Nota Fiscal nº 041.098 (fl. 841) se referia a venda do estabelecimento autuado para terceiros, de produtos adquiridos para industrialização, que foram vendidos em sua forma original (sem sofrer processo de industrialização) e que por esta razão na recomposição do conta corrente deveria ser deslocada a parte do crédito destacado na Nota Fiscal 37.050 para ser compensado com os débitos relativos aos produtos não sujeitos ao incentivo do Desenvolve, a simples apresentação desses documentos não dá consistência a suas alegações, já que seria necessário e obrigatório que o impugnante identificasse em seus controles quais as efetivas quantidades dos produtos adquiridos para industrialização que sofreram a transformação, daqueles que foram comercializados ou transferidos sem nenhuma modificação (ou seja, saídas de mercadorias adquiridas de terceiros).

O impugnante se insurgiu contra o fato do autuante não haver excluído do cálculo do incentivo, o

valor das entradas das mercadorias recebidas para industrialização e que haviam sido objeto de transferência e de revenda. Concordo com o procedimento adotado pela fiscalização, considerando não haver nos autos nenhuma base de segurança para possibilitar a certeza de que as notas fiscais anexadas pelo autuado se referiam efetivamente às citadas aquisições, haja vista que apenas um levantamento quantitativo de estoques poderá gerar a convicção em relação a que mercadorias adquiridas para industrialização foram realmente consumidas em seu processo produtivo ou foram objeto de transferência ou de revenda.

Ressalto que o Programa Desenvolve se reporta à dilação do prazo de pagamento do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em função dos investimentos previstos no projeto incentivado, buscando o fomento à atividade industrial, sendo o seu objetivo garantir ao interessado o direito de financiar uma parte do saldo devedor verificado em cada período de apuração, obrigando-se a recolher o saldo restante à vista. Restou claro que o contribuinte utilizou indevidamente o benefício, uma vez que, conforme dito acima, as peças anexadas aos autos demonstram de maneira insofismável a prática irregular da inclusão de operações não previstas no multicitado programa como contempladas pelo benefício.

Não acolho a solicitação de diligência, considerando que o autuado teve oportunidade e já apresentou suas argumentações na impugnação e que os elementos de provas anexados aos autos são suficientes ao meu convencimento e decisão da lide.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **210432.0002/06-3**, lavrado contra **ENGEPACK EMBALAGENS S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$941.640,99**, sendo R\$906.952,59 acrescido da multa de 60% e R\$34.688,40 acrescido da multa de 50%, previstas, respectivamente, nos incisos II, alínea "b" e I, alínea "a" do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2007.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR