

A. I. Nº - 207090.0005/06-0
AUTUADO - WORK INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 22. 02. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0039-01/08

EMENTA: **ICMS. 1. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. a)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** PERDA DO DIREITO EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. Autuado não impugna os valores apontados no levantamento fiscal. Apresenta defesa com argumentos que não encontram amparo na legislação do ICMS. **Infrações subsistentes. c)** RECOLHIMENTO A MENOS EM RAZÃO DE ERRO NA DETERMINAÇÃO DA PARCELA SUJEITA A DILAÇÃO DE PRAZO. Autuante acata alegações defensivas e refaz os cálculos reduzindo o valor do débito exigido. **Infração parcialmente procedente. 2. CRÉDITOS FISCAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE. **Infração reconhecida. b)** SERVIÇOS DE TRANSPORTES PRESTADOS POR MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. **Infração subsistente. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS. a)** FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. As atividades econômicas exercidas pelos adquirentes indicam a obrigatoriedade de retenção e recolhimento do imposto pelo autuado, na condição de sujeito passivo por substituição. Excluída da exigência parcela consignada no demonstrativo de débito do Auto de Infração que não consta no levantamento fiscal. **Infração parcialmente procedente. b)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O valor reclamado foi reduzido em decorrência de ajustes realizados pela autuante ao acatar as alegações defensivas. **Infração parcialmente subsistente. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do artigo 42, II, “d” c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. **Infração reconhecida. 5. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA.** É nulo o procedimento que implique cerceamento de defesa. Intimação apresentada ao contribuinte contendo erro de indicação quanto ao exercício exigido. **Infração nula. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. **Infração reconhecida. b)** ERRO NA APLICAÇÃO DA

ALÍQUOTA CABÍVEL NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. Infração reconhecida. c) CANCELAMENTO IRREGULAR DE NOTAS FISCAIS IMPLICANDO NA FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO CORRESPONDENTE. Infração reconhecida. 7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. Aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a uso e consumo do estabelecimento. Infração reconhecida. 8. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. FALTA DE INCLUSÃO DO IPI. OPERAÇÕES DESTINADAS À EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Caracterizado que as empresas destinatárias não desenvolvem atividades sujeitas a tributação do ICMS. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Incompetência do órgão julgador administrativo para declarar inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 12/12/2006, exige do autuado ICMS no valor de R\$ 1.385.226,56, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 46.546,05, em decorrência do cometimento das seguintes irregularidades:

1. recolheu a menos ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de junho a dezembro de 2005, janeiro a agosto de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 29.564,51, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte usufrui do benefício do Desenvolve desde 04/05/2004, (Resolução nº. 23/2004) para produzir tintas, vernizes, massas e resinas e quando da apuração do ICMS normal devido – Operações próprias (Código de Receita -0806) não incluiu os valores correspondentes às vendas de mercadorias de terceiros, cujo pagamento não poderia ser postergado, resultando no recolhimento a menos do que o devido, conforme levantamento fiscal nos livros fiscais;
2. recolheu a menos ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolve, nos meses de setembro a dezembro de 2005, janeiro a outubro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.186.712,43, acrescido da multa de 60%;
3. recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa Desenvolve, nos meses de maio de 2005 e junho de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 57.972,38, acrescido da multa de 60%;
4. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de março a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 9.741,36, acrescido da multa de 60%;
5. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de serviço de transporte junto à microempresa ou empresa de pequeno porte, nos meses de março a junho, outubro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 14.370,12, acrescido da multa de 60%;
6. deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro, março, maio, junho, agosto, setembro e novembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 793,41, acrescido da multa de 60%. Consta

que o contribuinte efetuou vendas de produtos que fabrica, elencados no artigo 355, II, 16, sujeitos a substituição tributária, sem a retenção do ICMS devido;

7. multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2005, sendo imposta multa no valor de R\$ 5.763,49;

8. reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 14.649,90, acrescido da multa de 60%;

9. forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo aplicada multa no valor de R\$ 40.782,56, limitada a 1% das saídas do estabelecimento em cada período;

10. deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de março, agosto e setembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 701,40, acrescido da multa de 60%;

11. recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro e agosto de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 449,57, acrescido da multa de 60%. Consta que o contribuinte vendeu seus produtos a consumidor final, de outros Estados, utilizando-se da alíquota interestadual ao invés de 17%, também não incluindo o IPI na base de cálculo de tais operações;

12. recolheu a menos ICMS em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, quando da venda de mercadorias a consumidor final, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 67.425,59, acrescido da multa de 60%;

13. deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento, no mês de outubro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.774,18, acrescido da multa de 60%;

14. omitiu saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente, no mês de setembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 72,37, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 4794 a 4836, sustentando os seguintes argumentos para rechaçar a acusação fiscal:

Infração 01 – Invoca ensinamentos de Hugo de Brito Machado, para dizer que o fato primordial para incidência do imposto é a transferência de propriedade. Afirma que, quando adquiriu as mercadorias indicadas pela autuante estas já estavam ao seu patrimônio não sendo possível mais falar-se em bens de terceiros, mas próprios. Aduz que situação diferente se dá na consignação mercantil, onde o consignante transfere ao consignatário apenas e tão somente o poder de alienação, tratando-se de um exemplo típico de venda de mercadorias de terceiros não contempladas pelo benefício do Desenvolve.

Infração 02 – Argumenta que a autuante pretendeu aplicar norma de forma retroativa, ou seja, tomando as modificações penais trazidas pelo Decreto nº. 9.513/05 e aplicando ao benefício concedido nos termos da Resolução n. 23/2004, ato jurídico perfeito com prazo determinado. Aduz

que o ente estatal, ao exercer a tributação, deve observar os limites que a ordem constitucional lhe impôs, inclusive, no atinente aos direitos subjetivos públicos dos entes privados. Afirma que há um entrelaçamento entre a segurança jurídica, legalidade e o princípio da irretroatividade da lei, consagrados na própria Constituição Federal. Cita o artigo 5º, XXXVI, para dizer que este estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, segundo diz, exigindo implicitamente a irretroatividade. Reporta-se, ainda, ao artigo 150, III, “a” da mesma CF para dizer que este expressamente impede que a lei que cria ou aumenta tributos alcance fatos ocorridos antes do início de sua vigência. Cita e reproduz ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho, para dizer que a garantia da segurança jurídica só pode ser almejada com a idéia do princípio de sua anterioridade. Acrescenta que, através da Resolução n. 23/2004, publicada em 05/05/2004, foi publicado ato jurídico perfeito concedendo benefício fiscal, levando em consideração as normas vigentes aplicáveis, inclusive, determinando prazo de 12 anos para gozo do benefício. Invoca lições de Sacha Calmon e Mizabel Derzi, para sustentar que o Decreto nº. 9.513/2005 não pode atingir os efeitos da Resolução nº. 23/2004, por se tratar de ato jurídico perfeito pretérito, cujos efeitos devem se submeter à legislação do tempo da publicação e da concessão da resolução, sob pena de violar garantia constitucional.

Infração 03 – Afirma que pretende a autuante instituir o anatocismo, ou seja, a capitalização mensal de juros em relação ao cálculo do ICMS – parcela incentivada, sem qualquer respaldo legal, uma vez que a Lei instituidora do Desenvolve não traz qualquer disposição autorizativa. Transcreve o artigo 5º da referida Lei. Reporta-se também à Taxa SELIC, dizendo que esta tem a sua aplicação afastada por não ter sido criada por lei, reproduzindo voto da Ministra Eliana Calmon, no RESP. 291.275/SC.

Aduz que não há qualquer autorização legal para se aplicar a capitalização de juros, sendo determinado apenas a aplicação da TJLP, sendo imperativo que se aplique pelo simples somatório das taxas. Reproduz posição do STJ sobre a capitalização mensal de juros no âmbito tributário, no REsp. 440905/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão. Apresenta demonstrativo exemplificativo da aplicação de juros de 1% ao mês sobre uma parcela de R\$ 100.000,00 que capitalizados resulta no valor total de juros de R\$ 12.682,00. Também apresenta o mesmo exemplo sem a capitalização que resulta no valor total de juros de R\$ 12.000,00. Diz ser insubsistente este item da autuação.

Infração 04 - Reconhece como devido e informa que efetuou o recolhimento.

Infração 05 - Sustenta que não há justificativa constitucional para glosa dos créditos, tendo em vista que as empresas prestadoras de serviços apresentaram declarações de que atuam no regime normal de apuração, destacando o crédito do ICMS nos documentos fiscais.

Assevera que é necessário que a fiscalização verifique se todas as empresas também atuam sob o regime normal, haja vista que não pode a defendente obrigar a terceiros a fornecerem dados para a defesa, sendo obrigação do Fisco efetivar a verificação, ainda que em fase de diligência. Cita como exemplos as empresas Amvit Transportes e Logísticas Ltda. – ME; Sul Brasil Transportes; Paulo Ricardo Bencke Transportes – EPP; B P R Transportes.

Evoca o Texto Constitucional do artigo 155, § 2º, I, transcrevendo-o, para afirmar que o aproveitamento do crédito referente ao frete está de acordo com a prescrição constitucional. Também invoca o artigo 19 da Lei Complementar 87/96, reproduzindo-o, para alicerçar os seus argumentos defensivos. Diz ser insubsistente este item da autuação.

Infração 06 – Alega que não cabe a exigência da substituição tributária, haja vista que os adquirentes destinaram as mercadorias para uso e consumo, consoante o artigo 355, V, do RICMS/BA, que transcreve. Aduz que bastaria a verificação no SINTEGRA, para se constatar que tais mercadorias não se integram no ramo de atividade dos adquirentes das mercadorias. Exemplifica, citando as empresas Indab Amônia e Comercial Coutrim Ltda., que adquiriram as mercadorias para aplicação

em suas próprias dependências, caracterizando material de uso e consumo, conforme declarações anexadas aos autos.

Acrescenta que, apesar de ter sido atendida pelas empresas acima referidas, não tem como impor a terceiros que enviem documentação, sendo necessário que seja deferida diligência a fim de verificar se a aquisição não se deu para revenda, mas para uso ou consumo do adquirente. Cita e transcreve o Acórdão n. 0306/99 da 4ª JJE, para corroborar os seus argumentos.

Infração 07 – Reconhece como devido e informa que procedeu ao recolhimento.

Infração 08 – Afirma que a autuante ao realizar o levantamento fiscal adotou o valor no demonstrativo de apuração/ressarcimento do ICMS no mês de janeiro destacado no campo VL Subs. (Valores Substituições) e a partir de fevereiro adotou o campo diferente VL ICMS, implicando essa adoção de valores de campos diferentes em valores de ICMS a maior.

Prosseguindo, assevera que a autuante deixou de considerar no levantamento fiscal devoluções e brindes indicados nos documentos que discrimina, conforme abaixo:

- fevereiro de 2005 – deixou de considerar as Notas Fiscais nº.s 45876, 45839, 46143, 45911 e 45909;

- abril de 2005 – deixou de considerar as Notas Fiscais nº.s 6498, 6357, 6677, 6618, 6231, 6202, 6497;

- maio de 2005 – deixou de considerar as Notas Fiscais nº.s 25646, 25313, 25318, 25322, 25327, 25334, 25641, 25642, 25643, 25645, 25644, 25646, 7271, 7173, 7145, 7010, 7004, 7144, 7143, 7142, 6747, 6896, 304727, 25345, 25346, 25348, 25349, 25350, 1671, 85, 184, 23, 25338/341, 25351, 25321, 25309, 25311, 25320, 25323, 25324, 25326, 25328, 25331, 25332, 25333, 25344, além da Nota Fiscal com número de controle de formulário 031117;

- julho de 2005 – deixou de considerar as Notas Fiscais nº.s 8367, 8114, 8087, 8026, 7926, 8362, 8313, 8283, 8284, 8183, 8008, 8366, 8361.

Infração 09 – Diz que a autuante não indica ponto a ponto quais as operação (uma a uma) que geraram a divergência. Sustenta que o dispositivo não pode ser interpretado de modo a impossibilitar a defesa do contribuinte, por caber ao Fisco demonstrar no lançamento todas as divergências supostamente encontradas, citando e transcrevendo o artigo 112 do CTN, para corroborar os seus argumentos.

Assevera que o procedimento ao arripio da lei determina a nulidade da ação fiscal neste item da autuação, por impossibilitar a plena defesa do sujeito passivo, haja vista que não foram adotados os métodos normais de fiscalização, inexistindo elementos que demonstrem o suporte probatório para a acusação fiscal. Argúi a nulidade por ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da CF/88) além de afronta ao princípio da legalidade do ato administrativo, de que cuida o artigo 37, caput, c/c o art. 150, I, da Carta Magna, todos abarcados pelo RPAF/99, no seu artigo 2º, que reproduz.

Acrescenta que o Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo ao se defrontar com tais situações tem incisivamente anulado o lançamento, transcrevendo julgado referente ao DRT 1 nº. 10.571/80, Rel. José Eduardo Soares de Melo. Afasta a aplicação do § 1º do RPAF/99, para albergar a forma discricionária como a autuante efetuou o lançamento, citando e reproduzindo os Acórdãos nº. 0612/00, CJF nº. 0135/00, Acórdão 3ª JJE n. 0784/99. Pede a nulidade deste item da autuação.

Infração 10 – Reconhece como devido e informa que recolheu o valor exigido.

Infração 11 – Reconhece como devido e informa que procedeu ao recolhimento.

Infração 12 – Afirma que a autuante incorreu em equívoco ao classificar as construtoras, empresas de engenharia e incorporadoras como consumidores finais dos produtos fabricados pela defendente. Sustenta que a atividade de construção civil é uma atividade transformadora, conjugando materiais distintos (cimento, concreto, blocos, tintas, portas, armários, pisos, etc.) que compõem novas

estruturas, obtidas através de efeitos plásticos, caracterizadores da atividade industrial. Reporta-se a decisões do STJ nesse sentido, reproduzindo o REsp. 656.568/PE, EREsp. 152.369/PE e REsp. 244903/CE.

Prosseguindo, diz que não houve a aplicação da substituição tributária, por força do artigo 355, III, do RICMSBA, haja vista que as aquisições foram feitas por empresas construtoras que são caracterizadas como industriais. Assevera que não se pode restringir a norma constitucional que assegura a não inclusão do IPI na hipótese em comento, reproduzindo o art. 155, II, 2º, XI, da CF/88, para amparar as suas razões. Cita e reproduz decisão do STF contrária à inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS, RE 191648/SP.

Infração 13 – Reconhece como devido e informa que procedeu ao recolhimento.

Infração 14 – Reconhece como devido e informa que procedeu ao recolhimento.

Finaliza requerendo a homologação dos valores pagos das infrações 04, 07, 10, 11, 13 e 14, que não foram objeto de impugnação.

Solicita diligência por fiscal estranho ao feito para constatar o desacerto de diversas infrações, inclusive, apresentando quesitos a serem respondidos, bem como requer seja acolhida a nulidade da infração 09 e a improcedência das parcelas impugnadas.

A autuante ao prestar a informação fiscal (fls. 4.933 a 4.947), apresentou as seguintes contestações aos argumentos defensivos:

Item 01 – Esclarece que o autuado usufrui do benefício fiscal do Programa Desenvolve desde 04/05/2004, conforme Resolução 23/2004, para produzir tintas, vernizes, massas e resinas e quando da apuração do ICMS Normal – Operações próprias – código de Receita 0806 – não incluiu os valores correspondentes às vendas de mercadorias de terceiros, cujo pagamento não poderia ser postergado, resultando num recolhimento a menos do que o devido, de acordo com o Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS, conforme lançado nos livros fiscais. Esclarece, ainda, que no período de maio de 2004 a abril de 2005 (12 meses) manteve-se o valor da Parcela Fixa, que a partir de maio de 2005 até abril de 2006, deveria ser corrigido pela variação do IGP-M dados extraídos de 2 sites distintos da internet, conforme cálculos anexados aos autos. Acrescenta que procedeu conforme manda o artigo 2º da Resolução 23/2004, e que o fato de o contribuinte não ter assim procedido entre os meses de maio a agosto de 2005, incrementa a diferença entre o ICMS Normal devido e o recolhido.

Prosseguindo, diz que a autuação aborda dois aspectos: falta de atualização monetária da parcela fixa, conforme previsto no artigo 2º. da Resolução 23/2004; - inclusão no benefício de mercadorias vendidas adquiridas de terceiros, quando o benefício alcança apenas a atividade produtiva. Assevera que o contribuinte apresentou defesa como se praticasse operações de consignação mercantil, em total desconexão com a autuação. Mantém integralmente este item da autuação.

Item 02 – Afirma que o autuado de maneira generalizada se defende deste item da autuação não impugnando a acusação de que o recolhimento do ICMS devido – código de receita – 0806 – tenha sido a menos que o apurado na autuação, em decorrência de: - não correção da parcela fixa de acordo com o artigo 2º da Resolução 23/2004; - postergação da parcela do ICMS devida pela venda de mercadorias adquiridas de terceiros, não sujeita a postergação prevista pelo Desenvolve; - recolhimento intempestivo de valores relativos a setembro de 2005 e maio de 2006. Discorda do autuado quanto à menção ao artigo 112 do CTN, afirmando que o caput do referido artigo cuida de infrações e penalidades, matéria distinta da autuação que trata de perda de benefício fiscal, regulamentada pelo artigo 11 do RICMS/97, que transcreve. Assevera que o argumento apresentado pelo autuado de que só a partir da concessão do benefício sob a égide do Decreto nº. 9.513/2005 é que se pode aplicar a sua previsão é inovador, sendo ultra legis. Saliencia que os fatos geradores relacionados no item 2 são posteriores à publicação do Decreto nº. 9.513/05 e que quando cabível foram abatidos os valores recolhidos no código de receita -2167 e que do valor encontrado foi proporcionalmente apropriado. Esclarece, ainda, que no período de maio de 2006 a outubro de 2006

foi abatido apenas o ICMS recolhido pelo código de receita 0806, por não ter havido recolhimento pelo código de receita 2167, referente ao período. Mantém integralmente este item da autuação.

Item 03 – Afirma que o contribuinte limita-se a contestar o cálculo das TJLP. Acata aos argumentos defensivos referentes ao cálculo das TJLP, dizendo que assiste razão ao autuado, pois as TJLP devem ser somadas ao invés de multiplicadas umas pelas outras. Apresenta novos demonstrativos que diz foram fornecidos em cópia ao autuado, para querendo se manifestar no prazo legal. Diz que após as correções o valor do ICMS devido em 20/05/2005, passa para R\$ 3.635,17 e em 20/06/2005 passa para R\$ 53.758,03. Mantém parcialmente este item da autuação, com as alterações efetuadas.

Item 04 – Diz que foi acatado pelo autuado.

Item 05 – Sustenta que os documentos acostados aos autos, ficha cadastral do SINTEGRA das transportadoras elencadas (fls. 234 a 236) e xérox dos CTRC, tornam desnecessária a realização de diligência, conforme solicitado pelo autuado. Mantém integralmente este item da autuação.

Item 06 – Afirma que, caso este CONSEF acolha as alegações defensivas está refazendo o levantamento fiscal constante à fl. 429 dos autos, para incluir novos valores apurados, conforme capitulado na infração 12, mantendo, contudo, os levantamentos constantes às fls. 430 e 993, em todos os seus termos e valores.

Item 07 – Diz que foi acatado pelo autuado.

Item 08 – Acata as alegações defensivas e refaz o levantamento fiscal – apuração do ICMS devido por ST – acrescentando 3 colunas com o número das folhas onde foram coletados os dados, corrigindo os dados equivocados. Afirma que o autuado restringe a sua defesa aos meses de fevereiro, abril, maio e julho de 2005. Mantém a autuação com os valores corrigidos.

Item 09 – Afirma que apesar de intimado (fls. 42 a 56 e 1167 a 1172) o contribuinte deixou de promover alterações em dados de seus arquivos magnéticos, resultando tal comportamento em dados divergentes de seus livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, conforme demonstrado no levantamento fiscal (fl.1070). Acrescenta que no demonstrativo estão destacadas as folhas do LRE e LRS, utilizadas para comparação dos dados, sendo que, os dados divergentes estão demonstrados mês a mês, do comparativo dos dados oferecidos pelo autuado, nos seus arquivos magnéticos com os constantes dos seus livros fiscais. Mantém integralmente este item da autuação.

Item 10 – Diz que foi acatado pelo autuado.

Item 11 – Diz que foi acatado pelo autuado.

Item 12 – Assevera que todas as construtoras que compõem a relação dos clientes, neste item da autuação estão inscritas no Cadastro Estadual na condição de ESPECIAL (não contribuintes do ICMS). Acrescenta que devem ser somados neste item 12 os valores referentes aos fatos geradores ocorridos em janeiro, março, maio, junho e setembro de 2005, respectivamente, R\$ 40,75, R\$ 20,70, R\$ 16,92, R\$ 11,46, R\$ 38,20, transpostos do item 06 da autuação, caso este órgão julgador tenha decidido naquele item que tais aquisições ocorreram para uso/consumo das empresas adquirentes, portanto, operações sujeitas à inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS. Esclarece que, refez o Levantamento Fiscal – RESUMO – Venda a consumidor final – Falta de inclusão do IPI na BC – constante originalmente à fl. 1198, substituindo-o.

Item 13 – Diz que foi acatado pelo autuado.

Item 14 – Diz que foi acatado pelo.

Finaliza dizendo que não há necessidade de realização de diligência, haja vista que todos os documentos relacionados às infrações encontram-se anexados aos autos, mantendo parcialmente a autuação.

O autuado, após devidamente intimado, se manifestou sobre a informação fiscal (fls. 4973 a 4991), apresentando os seguintes argumentos:

Infração 01 – Reitera as razões apresentadas na defesa inicial.

Infração 03 – Reitera que os cálculos foram efetuados corretamente.

Infração 05 – Reitera ter direito ao creditamento efetuado.

Infração 06 – Afirma não existir argumentos contraditórios, tendo em vista que não pode obrigar terceiros a fornecer documentos e, no caso, foram solicitadas declarações às empresas que simplesmente atenderam ao pedido, porém, se não o fizessem permaneceria sem poder de ingerência sobre a contabilidade e documentação de terceiros.

Acrescenta que, na informação fiscal foram excluídos diversos valores relativos a vendas para as empresas Indab Amônia e Comercial Coutrim Ltda. e inseridos no levantamento fiscal relativo às mercadorias adquiridas para aplicação em suas próprias dependências, caracterizando material de uso e consumo, conforme declaração que anexa. Afirma que, quanto à inclusão no item 12, passará a tecer as devidas considerações quando tratar do mesmo.

Infração 08 – Diz que verificou ter a autuante efetuado correção dos valores lançados equivocadamente no levantamento, contudo, reitera que esta deixou de considerar no levantamento fiscal devoluções e brindes indicados nos documentos que indica abaixo:

- fevereiro de 2005 – deixou de considerar as Notas Fiscais nº.s 45876, 46143, 45911 e 45909;

- abril de 2005 – deixou de considerar as Notas Fiscais nº.s 6498, 6357, 6677, 6618, 6231, 6202, 6497;

- maio de 2005 – deixou de considerar as Notas Fiscais nº.s 25646, 25313, 25318, 25322, 25327, 25334, 25641, 25642, 25643, 25645, 25644, 25646, 7271, 7173, 7145, 7010, 7004, 7144, 7143, 7142, 6747, 6896, 304727, 25345, 25346, 25349, 25350, 1671, 85, 184, 23, 25338/341, 25351, 25309, 25311, 25320, 25323, 25324, 25326, 25328, 25331, 25332, 25333, 25344, além da Nota Fiscal com número de controle de formulário 031117;

- julho de 2005 – deixou de considerar as Notas Fiscais nº.s 8367, 8114, 8087, 8026, 7926, 8362, 8313, 8283, 8284, 8183, 8008, 8366, 8361.

Infração 09 – Reitera os argumentos defensivos.

Infração 12 – Reitera os argumentos defensivos.

Conclui requerendo a nulidade da infração 09, bem como no mérito seja deferida diligência, por fiscal estranho ao feito, e a improcedência das parcelas impugnadas, com a homologação dos valores reconhecidos e recolhidos.

A autuante, às fls. 4993/4994, mantém a informação fiscal prestada às fls. 4933 a 4963, e, consequentemente, o Auto de Infração parcialmente.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal – onde originalmente houvera sido distribuído o presente processo – converteu o PAF em diligência a PGE/PROFIS (fl.4998), a fim de que fosse emitido parecer sobre a aplicabilidade das disposições do Decreto nº. 9.513/05, para fatos geradores com datas posteriores a 11/08/2005; ou se a infração deve se submeter à legislação do tempo da publicação e da concessão da Resolução por ser ato jurídico perfeito com prazo determinado.

Às fls. 4999 a 5007, consta Parecer de lavra do ilustre Procurador Dr. Deraldo Dias de Moraes Neto, que se reportando às alegações defensivas relativas ao alcance do Decreto nº. 9.513/05, especialmente, sobre o princípio da legalidade disse: “ Neste sentido, há de se comungar que o Decreto ora em comento não instituiu penalidade nem a criação ou majoração de tributo não previstas na Lei vigente ao tempo do lançamento, vez que isso feriria de morte o princípio ora em comento, apenas regulamentou o dispositivo de direito condicionado, que nem sequer entra no rol das obrigações acessórias.”

A conclusão dada pela PGE/PROFIS no parecer acima referido, aponta *pela aplicação do dispositivo que alterou o artigo 18 por meio do Decreto n.º 9.513, para os fatos geradores posteriores a 11 de agosto de 2005.*

Consta à fl. 5010/5011, demonstrativo de pagamento de valor parcial do débito.

VOTO

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência suscitado pela defesa, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu convencimento, a teor do disposto no art. 147, I “a”, II, “b” do RPAF/99.

No que concerne às alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria, nos termos do artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

Verifico que o autuado reconheceu as infrações 04, 07, 10, 11, 13 e 14, portanto, admitindo como verdadeiras as acusações, inclusive, efetuando o recolhimento do débito exigido relativo a tais infrações, razão pela qual devem ser mantidas na autuação.

No que concerne à infração 01, constato que o autuado não apresentou qualquer objeção quanto aos valores levantados na autuação, conforme demonstrativos acostados aos autos.

Na realidade, a sua insurgência está lastrada no argumento de que as mercadorias adquiridas de terceiros arroladas na autuação já estavam em seu patrimônio não sendo possível mais falar-se em bens de terceiros, mas próprios. Alega que situação diferente ocorre na consignação mercantil, onde o consignante transfere ao consignatário, apenas, o poder de alienação, tratando-se de um exemplo típico de venda de mercadorias de terceiros não contempladas pelo benefício do DESENVOLVE.

Certamente, labora em equívoco o autuado quando sustenta tal argumento, haja vista que os próprios termos da Resolução n.º 23/2004, afastam qualquer dúvida quanto à aplicabilidade do benefício fiscal do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, exclusivamente, ao saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Assim dispõe a acima referida resolução:

“O CONSELHO DELIBERATIVO DO DESENVOLVE, no uso de suas atribuições e nos termos da Lei n.º 7.980, de 12 de dezembro de 2001, regulamentada pelo Decreto n.º 8.205, de 03 de abril de 2002, alterado pelos Decretos n.ºs 8.413, de 30 de dezembro de 2002, 8.435, de 03 de fevereiro de 2003, 8.665, de 26 de setembro de 2003 e 8.868, de 05 de janeiro de 2004,

RESOLVE:

Art. 1º Considerar habilitado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o projeto de expansão da capacidade produtiva da WORK INDUSTRIAL LTDA., CNPJ n.º 34.386.037/0001-11, localizado em Salvador, neste Estado, para produzir tintas, vernizes, massas e resinas, concedendo-lhe os seguintes benefícios:

I - diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação;

II - dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe I, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

Art. 2º Fixar a parcela do saldo devedor mensal do ICMS passível do incentivo, em o que exceder a R\$ 34.864,67 (trinta e quatro mil, oitocentos e sessenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), corrigido este valor a cada 12 (doze) meses, pela variação do IGP-M.

Art. 3º Conceder prazo de 12 (doze) anos para fruição dos benefícios, contado a partir da publicação desta Resolução no Diário Oficial do Estado.

Art. 4º Sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado, incidirá taxa de juros de 85% (oitenta e cinco por cento) da TJLP ao ano ou outra que venha substituí-la, de acordo com a Tabela II, anexa ao Regulamento.

Art. 5º Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação.

Sala de Sessões, 04 de maio de 2004.”

Conforme se verifica da leitura do artigo 1º acima transcrito, o autuado teve habilitado aos benefícios do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, o seu projeto de expansão da capacidade produtiva, para produzir tintas, vernizes, massas e resinas, sendo-lhe concedido o benefício de diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS, bem como de dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado.

Ora, o benefício de dilação do prazo para pagamento do saldo devedor do ICMS – matéria de que cuida o presente Auto de Infração - claramente, diz respeito às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado. Como se vê, a própria resolução já identifica as operações próprias beneficiadas, não tendo como prosperar a alegação defensiva de se estender o benefício às operações próprias realizadas com mercadorias adquiridas de terceiros, pois, estas apesar de serem de sua propriedade, conforme alegado na peça de defesa, não foram originadas do projeto de expansão da capacidade produtiva. Assim, fica mantida a infração.

No respeitante à infração 02, verifico que o autuado também não ataca os valores apontados no levantamento fiscal, direcionando o seu inconformismo contra a aplicabilidade da norma de forma retroativa, ou seja, tomando as modificações penais trazidas pelo Decreto nº. 9.513/05 e aplicando ao benefício concedido nos termos da Resolução n. 23/2004, ato jurídico perfeito com prazo determinado.

O referido Decreto nº. 9.513/05 alterou o artigo 18 do Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205, de 03 de abril de 2002, que passou a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

§ 1º Caso o atraso ocorra por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados, o incentivo será automaticamente suspenso.

§ 2º A empresa que tiver o benefício suspenso, somente voltará a gozar do incentivo após a regularização total das obrigações de que trata o caput deste artigo.”

A meu ver, também não pode prosperar a alegação defensiva, haja vista que a redação modificada pelo Decreto nº. 9.513/05, não diz respeito à instituição de penalidade, criação ou majoração do imposto, mas regulamentação do artigo relativo ao benefício fiscal condicionado.

A propósito, a diligência solicitada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal a PGE/PROFIS, trouxe o esclarecedor parecer de lavra do ilustre Procurador Dr. Deraldo Dias de Moraes Neto, que se reportando às alegações defensivas relativas ao alcance do Decreto nº 9.513/05, concluiu *pela*

aplicação do dispositivo que alterou o artigo 18 por meio do Decreto nº. 9.513, para os fatos geradores posteriores a 11 de agosto de 2005. Mantida a infração.

Quanto à infração 03, verifico que a autuante corrigiu os cálculos originalmente apresentados, com a correta aplicação da TJLP elaborando novos demonstrativos com as correções efetuadas, passando o valor do ICMS devido em 20/05/2005, para R\$ 3.635,17 e em 20/06/2005 para R\$ 53.758,03, totalizando o ICMS exigido no valor de R\$ 57.393,20. Infração parcialmente subsistente.

No tocante à infração 05, vejo que o autuado sustenta que não há justificativa constitucional para glosa dos créditos, tendo em vista que as empresas prestadoras de serviços apresentaram declarações de que atuam no regime normal de apuração, destacando o crédito do ICMS nos documentos fiscais. Observo, contudo, que os documentos acostados aos autos pela autuante, como ficha cadastral do SINTEGRA das transportadoras arroladas na autuação, cópias reprográficas dos CTCRC, demonstram o contrário, pois se referem à empresas prestadoras de serviços de transportes inscritas na condição de microempresas e empresas de pequeno porte, que apuram o imposto com base no regime simplificado de apuração.

Vejo, também, que a autuante acostou aos autos cópia das legislações do ICMS dos Estados onde estão localizadas as empresas transportadoras, sendo possível verificar que não existe autorização para destaque do imposto aos optantes pelo regime simplificado de apuração do imposto. Mantida a infração.

No que tange à infração 06, verifico que o autuado alega não caber a exigência da substituição tributária, haja vista que os adquirentes destinaram as mercadorias para uso e consumo, consoante o artigo 355, V, do RICMS/BA. Apresenta declarações das empresas Indab Amônia e Comercial Coutrim Ltda., que adquiriram as mercadorias para aplicação em suas próprias dependências, caracterizando material de uso e consumo. Alega que, apesar de ter sido atendida pelas empresas acima referidas, não tem como impor a terceiros que enviem documentação, sendo necessário que seja deferida diligência a fim de verificar se a aquisição não se deu para revenda, mas para uso ou consumo do adquirente.

Por outro lado, vejo que a autuante diz que, caso este CONSEF acolha as alegações defensivas está refazendo o levantamento fiscal constante à fl. 429 dos autos, para incluir novos valores apurados, conforme capitulado na infração 12, mantendo, contudo, os levantamentos constantes às fls. 430 e 993, em todos os seus termos e valores.

A análise dos documentos acostados aos autos, referente a este item da autuação, permite-me concluir que deve prevalecer a exigência originalmente apontada no Auto de Infração, haja vista que, apesar das declarações juntadas pelo autuado, os destinatários das mercadorias exercem atividades econômicas que obrigam o remetente a efetuar a retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, consoante exige o artigo 353, II, do RICMS/BA.

Assim é que, o destinatário Idramax Construtora Ltda., inscrição estadual nº. 064.234.609, tem como atividade econômica principal – 4744099 – Comércio varejista de materiais de construção em geral; o destinatário Amônia Ltda. (Indabe), inscrição estadual nº. 012.195.417, atividade econômica principal – 4789099 – Comércio varejista de outros produtos não especificados anteriormente; e o destinatário Comercial Coutrim Ltda., atividade econômica principal – 4693100 – Comércio atacadista de mercadorias em geral, sem predominância de alimentos.

Ora, o artigo 355, V, do mesmo RICMS/BA, ao determinar que não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destinar a estabelecimento de contribuinte para uso, consumo ou ativo imobilizado, certamente, se refere àquela mercadoria que não se constitui objeto normal da atividade do contribuinte, tendo sido adquirida diretamente para uso, consumo ou ativo imobilizado.

A meu ver, não pode ficar ao talante do adquirente indicar a destinação da mercadoria – se para revenda, uso, consumo ou ativo imobilizado – possibilitando que a responsabilidade do vendedor, na condição de sujeito passivo por substituição, seja afastada a qualquer momento com uma simples declaração.

Penso que, caso efetivamente o adquirente destine a mercadoria que constitui objeto normal de sua atividade econômica, para uso, consumo ou ativo imobilizado, poderá solicitar na forma regulamentar a restituição do ICMS retido pelo remetente, haja vista que não ocorrerá o fato gerador presumido, relativamente àquela mercadoria.

Por fim, cabe um reparo quanto ao valor total de R\$ 793,41 exigido neste item da autuação, pois, apesar de no demonstrativo de débito do Auto de Infração estar consignado o valor de R\$ 18,68, referente ao mês de agosto de 2005, constato que não consta no levantamento fiscal qualquer referência ou documentos relativos a este mês, cabendo a sua exclusão da exigência. Assim, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$ 774,73.

Relativamente à infração 08, constato que a autuante efetuou a correção dos valores lançados equivocadamente no levantamento fiscal original, inclusive, considerando as devoluções, o que reduziu o ICMS originalmente exigido no valor de R\$ 14.649,90 para R\$ 3.623,12, conforme levantamentos acostados aos autos.

Assim, este item da autuação é parcialmente subsistente, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

Data de Ocorrência	ICMS julgado (R\$)
31/01/2005	89,36
28/02/2005	0,10
31/03/2005	1.504,32
30/06/2005	463,57
31/08/2005	297,48
30/09/2005	14,81
31/10/2005	1.231,45
30/11/2005	3,31
31/12/2005	18,72
Total	3.623,12

Quanto à infração 09, verifico que o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória, relativo ao fato do contribuinte ter fornecido os arquivos em meio magnético relativos aos dados e informações de suas operações de entrada e saída, faltando diversos registros, referentes ao exercício de 2005, caracterizando a omissão de operações ou prestações, conforme preceitua o artigo 708-B, do RICMS/97, sendo aplicada a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, “f” da Lei nº 7.014/96, equivalente a 5% sobre o montante das operações de saídas de mercadorias, bem como às prestações de serviço ocorridas no período, omitidas dos arquivos magnéticos, limitadas a 1% das saídas em cada período.

Ocorre que, na intimação à fl. 45 foi dado o prazo de 30 (trinta) dias, para que o autuado apresentasse os registros 10, 11, 50, 51, 53, 54, 55, 70, 75 e 90, relativos aos exercícios de 2002, 2003 e 2004, quando o exercício objeto da autuação é de 2005, prejudicando o seu direito de ampla defesa e do contraditório, o que determina a nulidade deste item da autuação. Infração nula.

Nos termos do artigo 21, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99, recomendo a autoridade competente a repetição do procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Com relação à infração 12, que diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS em decorrência da não inclusão do IPI na base de cálculo do imposto, verifico que o autuado alega que as construtoras, empresas de engenharia e incorporadoras exercem atividade industrial de transformação e por isso não podem ser consideradas como consumidores finais dos seus produtos fabricados. Assim, o produto se destina a industrialização e a operação configura fato gerador dos dois impostos (IPI e ICMS).

A meu ver, incorre em erro o autuado, pois, apesar de estarem inscrita no Cadastro Estadual do ICMS, na condição de “ESPECIAL” as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS no Estado da Bahia, ou seja, não realizam operações de circulação de mercadorias sujeitas ao ICMS. Assim sendo, não haverá outra etapa de tributação para os produtos vendidos pela autuada, sendo devida a inclusão do IPI na base de cálculo do ICMS referente a vendas para não contribuintes deste imposto, conforme determina o art. 54, I, “c” do RICMS/BA. Assim, fica mantida a infração 12 no valor originalmente exigido de R\$ 67.425,59.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207090.0005/06-0**, lavrado contra **WORK INDUSTRIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 1.373.602,59**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.373.530,22 e de 70% sobre R\$ 72,37, previstas no art. 42, II, “a”, “b”, “d”, “e”, “f”, VII, “a”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.763,49**, prevista no artigo 42, inciso II, “d”, §1º, do mesmo Diploma legal, e dos acréscimos moratórios, estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão 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, 11 de fevereiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR