

A. I. N° - 206828.0008/07-4
AUTUADO - MARCOS FENÍCIO LOPES DIAS
AUTUANTE - LUIZ CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ V. CONQUISTA
INTERNET - 31/07/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0222-03/08

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração não impugnada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas, e não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Refeitos os cálculos, de acordo com a comprovação apresentada pelo autuado, o débito originalmente apurado ficou reduzido. **2.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo fixo do estabelecimento. **3.** BRINDES. OPERAÇÃO DE SAÍDA SEM EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não impugnada. **4.** SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado não contestou a exigência fiscal. **5.** PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Ficou comprovado que o autuado não estava mais habilitado a utilizar o benefício da dilação do prazo de pagamento do ICMS. Infração subsistente. **6.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Infração comprovada. Autuado não contestou. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2007, refere-se à exigência de R\$287.003,04 de ICMS, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

Infração 01: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o

respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2002 e 2004). Valor do débito: R\$25.192,05.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias anteriormente realizadas e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2003, 2005, 2006 e 2007). Valor do débito: R\$153.329,43.

Infração 03: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor do débito: R\$13.458,68.

Infração 04: Descumpriu obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo. Promoveu entrega de brindes sem emissão de Nota Fiscal de Saída com destaque do imposto, nos meses de outubro e novembro de 2004; fevereiro e dezembro de 2005; janeiro de 2006. Valor do débito: R\$811,46.

Infração 05: Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no SIMBAHIA. O contribuinte deixou de acumular a receita bruta dos estabelecimentos matriz e filial para apuração da alíquota devida, resultando em recolhimento a menos, no período de dezembro de 2002 a setembro de 2003. Valor do débito: R\$1.485,28

Infração: 06: Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no art. 18 do Decreto 8.205, de 03/04/2002. Valor do débito: R\$92.648,38.

Infração 07: Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, nos meses de dezembro, julho e novembro de 2002. Valor do débito: R\$77,76.

O autuado apresentou impugnação (fls. 316 a 321; 333/334, 367 a 369, 426 e 431 a 435), inicialmente discorrendo sobre cada infração e respectivo enquadramento legal. Alega que a exigência do ICMS deve estar sempre pautada pela certeza e liquidez do lançamento, que deve ser fundamentado na norma legal vigente, respeitando o que determina o RPAF/BA. Apresenta preliminar de nulidade quanto à infração 06, alegando que, da leitura de *e-mails* trocados no curso dos trabalhos de fiscalização, constatou que o autuante, sem a devida segurança, promoveu a uma consulta, em 14/05/2007, à Sra. Zelma Borges de Souza, “Supervisora da Infaz”, perguntando se deveria lavrar o Auto de Infração, em face da situação especial constatada. Diz que a mencionada supervisora remeteu a consulta para o Sr. Carlos Henrique Oliveira, Coordenador II da Gerência de Estudos e Planejamento da Fiscalização, que respondeu aos questionamentos quanto à interpretação e aplicação das normas tributárias inerentes ao Programa Desenvolve e alterações, concluindo o Coordenador que o Auto de Infração deveria ser lavrado. O defendente salienta que nos termos do RPAF/99, existe somente uma autoridade a quem foi delegada a competência para interpretação das normas tributárias e responder consultas, qual seja, o Diretor de Tributação da Secretaria da Fazenda, conforme art. 67, I e II do mencionado Regulamento, que transcreveu. Reproduz também o art. 18, I do mesmo Regulamento e diz que o legislador ao atribuir a competência exclusiva para interpretação da norma tributária teve a intenção de harmonizar o sistema e dar segurança jurídica aos contribuintes, de forma a evitar conflitos provenientes de multiplicidade de “interpretações tributárias” e nada disso foi observado pelos autuantes que não cumpriram a determinação do RPAF. O defendente assevera que para corroborar as suas alegações, o autuante juntou ao PAF as cópias de todos os *e-mails* trocados, bem como a autorização para lavratura do Auto de Infração, ficando caracterizado que o autuante desconhecia a norma tributária e sua aplicabilidade, e sem a devida segurança, buscou

uma fundamentação legal que desconhecia. Portanto, o entende houve desconhecimento de que a interpretação da legislação tributária é expressa formalmente por uma autoridade administrativa, e que o preposto fiscal, em face da dúvida acerca da lavratura do Auto de Infração, deveria ter dirigido consulta à Diretoria de Tributação, que à luz da legislação tributária vigente, forneceria a orientação oficial. Assim, o defendente pede a nulidade da infração 06, por entender que a forma utilizada pelo autuante não está amparada na legislação tributária estadual.

No mérito, o defendente informa que a infração 01 foi objeto de parcelamento de débito, processo nº 177903/2007-8. Quanto à infração 02, alega que constatou erros no levantamento fiscal, conforme indicou nas razões de defesa, em relação aos exercícios fiscalizados, a exemplo de notas fiscais não lançadas, erro nas quantidades consideradas, lançamento de retorno de mercadorias devolvidas pelos clientes no quantitativo de entradas (devoluções que não foram computadas), lançamento em quantidades divergentes do livro de controle da produção e do estoque. Assim, o defendente apontou os equívocos constatados indicando as respectivas notas fiscais às fls. 321, 333/334 e 367 a 369. Em relação às infrações 03, 04 e 05, o autuado informa que foram objeto de parcelamento do débito por meio dos processos de números 177903/2007-8.

Quanto à infração 06, o defendente comenta sobre o Programa Desenvolve, assegurando que apresentou seu projeto de investimentos à Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração do Estado da Bahia, e devido à qualidade dos produtos fabricados, foi necessário alterar a empresa, de firma individual para sociedade limitada e toda essa alteração ocorreu por força da ampliação das atividades mercantis, ficando inalterado o projeto de investimentos. Saliencia que toda alteração foi realizada com pleno conhecimento da SEFAZ, tendo sido concedida a inscrição da nova empresa no mesmo endereço e manutenção das duas inscrições durante aproximadamente noventa dias. Informa que no Diário Oficial do Estado de 11 e 12/11/2006 foi publicada a Resolução de nº 96/06, alterando a Resolução nº 66/2003, transferindo os incentivos concedidos à empresa Marcos Fenício Lopes Dias para Alimentos Tia Sônia Ltda., em face de sua incorporação. Assegura que a empresa Alimentos Tia Sônia apresentou projeto de ampliação de suas atividades e obteve o Desenvolve para este novo investimento. O autuado ressalta que a sua carteira de clientes é composta por grandes empresas, dentre elas o Bompreço e o Extra, e que, somente o Bompreço representa cerca de 35% de suas vendas. Para continuar fornecendo ao Bompreço, o empresário Marcos Fenício Lopes Dias se viu obrigado a continuar utilizando os documentos fiscais de sua empresa (CNPJ 00.634.819/0001-00) sob pena de perder 35% do seu faturamento. Assim, durante o período de dezembro de 2006 a março de 2007, foram emitidos documentos fiscais do autuado para as vendas destinadas ao Bompreço, enquanto o cadastro da Alimentos Tia Sônia não estava aprovado. Diz que foi utilizado o incentivo do Programa Desenvolve pelos seguintes motivos: a) habilitação ao incentivo Desenvolve inerente ao projeto apresentado; b) a alteração da sociedade empresarial não descaracterizou o projeto incentivado; c) a empresa Alimentos Tia Sônia e a empresa Marcos Fenício Lopes Dias são, de forma prática, a mesma pessoa jurídica; d) não houve dolo, má fé, tentativa de sonegação ou fraude nas ações do autuado; e) não ocorreu qualquer prejuízo para a Fazenda Estadual.

O defendente apresenta o entendimento de que, pelo Princípio da Verdade Material, cabe ao julgador ir além do que está escrito na norma, interpretando-a de forma integral, e que estamos diante de um fato material complexo, em que uma empresa foi incorporada por outra do mesmo sócio majoritário. Diz que a empresa incorporada não age individualmente; perdeu a sua personalidade jurídica; os documentos fiscais são de propriedade da incorporadora, e não se pode separar as duas pessoas jurídicas. Portanto, o autuado alega que a utilização do benefício fiscal do Programa Desenvolve não se caracteriza uma infração à legislação tributária, considerando que o projeto de investimentos para produzir as mercadorias constantes nos documentos fiscais objeto da autuação tem autorização para proceder à dilação do prazo de pagamento do ICMS.

Quanto à infração 07, o defendente informa que o débito também foi parcelado, conforme o processo de nº 177903/2007-8. Por fim, o autuado pede seja julgado nulo ou improcedente o presente Auto de Infração. Requer, ainda, a utilização de todos os meios de prova admitidos,

inclusive a realização de diligências, novas verificações e levantamentos para comprovar as suas alegações.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 793 a 795 dos autos, quanto à preliminar de nulidade suscitada nas razões de defesa, diz que os questionamentos citados pelo defendente não tiveram o caráter formal de uma consulta, mesmo porque a consulta prevista no RPAF/BA se trata de um direito assegurado ao contribuinte ou entidade representativa de classe. Salienta que a preliminar apresentada pelo autuado não tem o condão de desconstituir o Auto de Infração, que foi lavrado com respaldo na legislação vigente, tendo sido indicado no corpo do auto os dispositivos infringidos, e acostado aos autos cópia da Resolução 96/2006 (fl. 293). Informa que para elucidar as questões, está amparado no princípio do informalismo que rege o processo administrativo (art. 2º, caput e § 1º do RPAF) além do art. 18, § 1º do mesmo Regulamento. Assim, o autuante entende que não há que se falar em nulidade do Auto de Infração. Quanto ao mérito, diz que as diversas inconsistências apontadas pelo defendente são decorrentes das informações constantes do livro Controle da Produção e do Estoque, e também, do arquivo magnético eivado de erros, alguns detectados durante a fiscalização e outros não. Esclarece que foi concedida a oportunidade de o contribuinte conferir o levantamento fiscal antes da lavratura do Auto de Infração, mas o autuado deixou de proceder à conferência dos dados computados no procedimento, resultando numa quantidade inaceitável de erros. Comenta que o autuado apontou diversas inconsistências quanto à infração 02, de acordo com as informações contidas no Livro de Controle da Produção e do Estoque, apresentadas em meio magnético eivado de erros, alguns detectados pelo autuante, outros não. Salienta que foi concedida a oportunidade para o contribuinte conferir todo o levantamento fiscal, mas o defendente deixou de fazer a mencionada conferência dos demonstrativos, resultando numa quantidade inaceitável de erros, inclusive do autuante. Diz que o defendente fez um completo levantamento de todas as falhas, apresentando documentos e demonstrativos explicativos, todos conferidos pelo autuante que os considera satisfatórios e corretos. Assim, o autuante informa que em relação aos valores apontados pela defesa quanto à infração 02, nada tem a contestar.

Em relação à infração 06, o autuante informa que o autuado apresenta argumentação bem articulada remontando todo o histórico da situação de fato e de direito envolvendo a empresa autuada e sua sucessora, Alimentos Tia Sônia Ltda., que a incorporou, citando as Resoluções 66/2003, tendo sido transferidos os benefícios do DESENVOLVE pela Resolução 96/2006, para a empresa Tia Sônia. Diz que apesar de todos os argumentos defensivos, mantém a exigência fiscal, por entender que houve o cometimento da infração, independente da intenção do sujeito passivo, considerando que em casos de suspensão ou dispensa de crédito tributário, a interpretação da legislação deve ser literal, como se infere do disposto no art. 111, inciso I do CTN, que transcreveu. Finaliza, reafirmando que concorda com as alegações defensivas relacionadas com a infração 02 e que considera corretos os valores apurados na infração 06, tendo em vista que o defendente não fez qualquer menção ao imposto exigido, salientando que os débitos apurados nos demais itens do Auto de Infração foram objeto de pedido de parcelamento, já concedido. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, mantendo a infração 06.

Consta às fls. 797/798 do PAF, Demonstrativo de Parcelamento do débito apurado no presente Auto de Infração, no valor histórico total de R\$81.347,32.

Considerando que na informação fiscal prestada às fls. 793/795, o autuante reconhece a possibilidade de erro nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ, esta 3ª JFJ converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 800) para o autuante intimar o autuado a apresentar os arquivos magnéticos retificados. Sendo apresentados os mencionados arquivos solicitados, após fazer os testes de consistências, retificar as quantidades das mercadorias consignadas incorretamente no levantamento fiscal, elaborando novos demonstrativos; considerar as quantidades, constantes no livro Registro de Inventário apresentado à época da fiscalização; confrontar os dados apresentados pelo defendente com o

levantamento fiscal, de acordo com os documentos originais do autuado; retificar as quantidades consignadas incorretamente no levantamento fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito.

Em atendimento ao solicitado, o autuante prestou nova informação fiscal à fl. 803, esclarecendo que o contribuinte foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos relativos aos exercícios de 2006 e 2007, conforme recomendado por esta JJF. De posse do material, o autuante procedeu a uma completa revisão de todo o procedimento fiscal relativo à infração 02, verificando e confrontando com os documentos fiscais e registros magnéticos, apurando as falhas apontadas pelo defendente, acatando aquelas consideradas pertinentes. Informa que realizou as devidas correções, o que resultou em alteração dos valores autuados referentes aos exercícios de 2003, 2005, 2006 e 2007, que passaram de R\$7.744,23, R\$31.971,70, R\$100.657,97 e R\$12.955,53 para R\$5.443,77, R\$25.982,52, R\$3.184,94 e R\$10.618,69, respectivamente. Portanto, o valor histórico deste item da autuação passou de R\$153.329,43 para R\$45.229,92, e o total do débito, de R\$287.003,04 para R\$178.903,53, conforme novos demonstrativos dos levantamentos realizados e novo demonstrativo de débito que acostou ao PAF.

À fl. 838 do PAF, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pelo autuante, constando própria intimação a comprovação assinada pelo representante do contribuinte, de que recebeu cópia da mencionada informação fiscal e demonstrativos. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, o autuado suscitou a nulidade da autuação fiscal, com base no art. 67, I e II do RPAF/99, alegando que o autuante promoveu a uma consulta à Sra. Zelma Borges de Souza, “Supervisora da Infaz”, perguntando se deveria lavrar o Auto de Infração, em face da situação especial constatada; que a mencionada supervisora remeteu a consulta para o Sr. Carlos Henrique Oliveira, Coordenador II da Gerência de Estudos e Planejamento da Fiscalização, que respondeu aos questionamentos quanto à interpretação e aplicação das normas tributárias inerentes ao Programa Desenvolve e alterações, concluindo o Coordenador que o Auto de Infração deveria ser lavrado.

Entretanto, a previsão do art. 67 do RPAF/BA diz respeito à competência para responder consultas em relação à legislação tributária, quando apresentadas por contribuintes, e não se trata do pedido de orientação encaminhado pelo autuante à sua Supervisora (fls. 289/290), que é um procedimento interno, de ordem administrativa, sem qualquer prejuízo para o autuado.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o autuado impugnou somente as infrações 02 e 06, tendo informado nas razões de defesa que requereu parcelamento do débito apurado nas infrações 01, 03, 04, 05 e 07. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

A segunda infração trata da falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de, nos exercícios de 2003, 2005, 2006 e 2007, conforme demonstrativos de fls. 36, 66, 82 e 99.

O autuado alegou que constatou inconsistências no levantamento fiscal, conforme apontou nas razões de defesa, indicando as respectivas notas fiscais às fls. 321, 333/334 e 367 a 369, a exemplo de notas fiscais não lançadas, erro nas quantidades consideradas, devoluções de mercadorias não computadas, lançamento em quantidades divergentes do livro de Controle da Produção e do Estoque.

Considerando que na informação fiscal o autuante reconheceu a possibilidade de erro nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ, o presente processo foi convertido em diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal, para revisão do levantamento fiscal com base em novos arquivos magnéticos do autuado, tendo sido informado pelo autuante à fl. 803, que procedeu a uma completa revisão de todo o procedimento fiscal, apurando as falhas apontadas pelo defendente, acatando aquelas consideradas pertinentes. Após as necessárias correções, foram alterados os valores originalmente apurados, referentes aos exercícios de 2003, 2005, 2006 e 2007, que passaram para R\$5.443,77, R\$25.982,52, R\$3.184,94 e R\$10.618,69, (fls. 807, 814, 822 e 834) respectivamente. Portanto, o valor histórico deste item da autuação passou de R\$153.329,43 para R\$45.229,92.

Vale ressaltar, que foi expedida intimação ao autuado (fl. 838), acompanhada de cópia da informação fiscal e demonstrativos (fls. 803 a 837), mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente.

Após os ajustes efetuados, permanece a omissão de entradas de mercadorias tributáveis, e neste caso, a exigência de imposto relativo às diferenças das quantidades de entradas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, está embasada no preceito legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas, conforme art. 7º, inciso II, da Portaria 445/98.

Acatando as novas planilhas elaboradas pelo autuante, concluo pela procedência parcial desta infração, de acordo com os valores apurados nos demonstrativos de fls. 807, 814, 822 e 834.

Infração: 06: Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, de acordo com o previsto no art. 18 do Decreto 8.205, de 03/04/2002.

De acordo com o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/2002, o mencionado Programa tem como objetivos, estimular a instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais, bem como a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos já instalados; desenvolvimento tecnológico dos processos produtivos e assimilação de novas tecnologias, estando previsto no seu art. 3º que poderá ser concedida dilação de prazo de até 72 meses para o pagamento de até 90% do saldo devedor mensal do ICMS relativo às operações próprias em razão dos investimentos realizados.

Vale salientar, que o contribuinte deve se habilitar ao Programa, mediante requerimento dirigido ao Presidente do Conselho Deliberativo do Desenvolve, acompanhado de projeto do empreendimento e certidão de arquivamento na Junta Comercial dos atos constitutivos da empresa, bem como da sua última alteração, conforme arts. 8º e 9º do citado Regulamento.

Foi acostado aos autos (fls. 437/440) o Contrato de Constituição de Sociedade Limitada, registrado na JUCEB em 05/10/2006, referente à sociedade de nome empresarial Alimentos Tia Sônia Ltda, constando no parágrafo primeiro da Cláusula Segunda: “Esta sociedade assume o ativo e passivo da empresa Marcos Fenício Lopes Dias, registrada na Junta Comercial do Estado da Bahia sob o nº 29.101.985.074...”

Conforme art. 1º da Resolução 66/2003 (fls. 291/292), com redação vigente a partir de 11/11/2006, foi considerada habilitada ao Programa Desenvolve a empresa Alimentos Tia Sônia Ltda., instalada no município de Vitória da Conquista, neste Estado, constando a observação de que “A

redação atual do “caput” do art. 1º foi dada pela Resolução nº 96, de 10/11/06, DOE de 11 e 12/11/06”. Consta, ainda uma “Nota” indicando a seguinte redação original deste art. 1º, com efeitos até 10/11/06: “Art. 1º Considerar habilitado ao Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, o projeto de implantação da empresa MARCOS FENÍCIO LOPES DIAS, a instalada no município de Vitória da Conquista – neste Estado, para produzir cereais matinais sendo-lhe concedidos os seguintes benefícios”.

A Resolução 96/2006, datada de 10/11/2006, no seu art. 2º retifica a Resolução 66/2003, tendo sido consignada no inciso I do mencionado artigo, que em relação à Resolução nº 66/2003, houve a transferência dos benefícios concedidos à empresa Marcos Fenício Lopes Dias para a Alimentos Tia Sônia Ltda, em face de sua incorporação. Portanto, está devidamente comprovado que o defendente esteve habilitado para utilizar o Programa Desenvolve até 10/11/2006.

O levantamento fiscal constante do demonstrativo à fl. 271 do PAF se refere ao período de dezembro de 2006 a março de 2007, exigindo o valor que foi postergado indevidamente em cada mês objeto da autuação fiscal, conforme apurado pelo contribuinte em seu livro Registro de Apuração do ICMS às fls. 275, 280, 282 e 284.

O autuado apresentou o argumento de que se viu obrigado a continuar utilizando os documentos fiscais de sua empresa (CNPJ 00.634.819/0001-00) sob pena de perder 35% do seu faturamento. Assim, durante o período de dezembro de 2006 a março de 2007, foram emitidos documentos fiscais do autuado para as vendas destinadas ao Bompreço, enquanto o cadastro da Alimentos Tia Sônia não estava aprovado. Entende que a utilização do benefício fiscal do Programa Desenvolve não se caracteriza uma infração à legislação tributária, considerando que o projeto de investimentos para produzir as mercadorias constantes nos documentos fiscais objeto da autuação tem autorização para proceder à dilação do prazo de pagamento do ICMS.

Entretanto, não assiste razão ao defendente, haja vista que de acordo com o estabelecido no Programa Desenvolve, citado anteriormente, é necessário que o contribuinte esteja habilitado para utilizar os benefícios do mencionado Programa, e tendo ocorrido a transferência dos benefícios concedidos à empresa Marcos Fenício Lopes Dias para a Alimentos Tia Sônia Ltda., em face de sua incorporação, conforme Resolução 96/2006, o autuado não se encontrava mais habilitado para gozar o benefício fiscal da dilação de prazo por falta da indispensável habilitação.

A incorporação de empresas é resultado de uma operação, pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações. Portanto, no caso de incorporação o estabelecimento incorporador desaparece e a incorporadora assume o ativo e passivo do incorporado, e conforme o contrato social apresentado pelo defendente, a empresa Tia Sônia incorporou a empresa Marcos Fenício, que a partir daquela data não poderia efetuar qualquer operação em nome próprio, tendo em vista que a incorporação de empresas importa, necessariamente, no desaparecimento da empresa incorporada.

O RICMS/BA prevê em seu art. 11, em caso de fruição ou reconhecimento de benefício que dependa de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto é considerado devido no momento que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição. Portanto, concluo pela subsistência desta infração, tendo em vista que o autuado não estava mais habilitado a utilizar benefício da dilação do prazo de pagamento do ICMS, condição estabelecida no Regulamento do Programa Desenvolve.

Observo que houve equívoco do autuante em relação à data de ocorrência e de vencimento no demonstrativo de débito do Auto de Infração à fl. 04, haja vista que o imposto relativo ao mês 12/2006, constou como data de ocorrência 31/12/2003 e de vencimento 09/01/2004, devendo ser retificadas as mencionadas datas para 31/12/2006 e 09/01/2007, respectivamente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206828.0008/07-4**, lavrado contra **MARCOS FENICIO LOPES DIAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$178.903,53**, acrescido das multas de 70% sobre R\$70.421,97, 60% sobre R\$106.996,28 e 50% sobre R\$1.485,28, previstas no art. 42 incisos I, alínea “b”, item 3, II, alíneas “f” e “e” III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta 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, 21 de julho de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR