

A. I. N° - 298958.0100/08-1
AUTUADO - RIGESA DA BAHIA S/A
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 08.05.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0112-04/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO DIREITO AO CRÉDITO. Exigência reconhecida pelo autuado que efetua pagamento integral. Infração caracterizada. **2. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. PARCELAS NÃO SUJEITAS A DILAÇÃO DO PRAZO PARA RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** Recolhimento de ICMS efetuado a menos, tendo em vista a inclusão de parcelas não incentivadas, não sujeitas à dilação de prazo. Diferença de alíquotas incidentes na aquisição de produtos considerados de uso e consumo. Mantido o lançamento. Rejeitadas as nulidades suscitadas, além dos pedidos de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/09/08, diz respeito aos seguintes fatos:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias junto a microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, sendo lançado imposto no valor de R\$ 369,75, com multa de 60%;
2. Falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela do ICMS não sujeita a dilação do prazo, de acordo com o previsto no Art. 18 do Decreto 8.205, de 03.04.02, sendo lançado imposto no valor de R\$ 30.376,42, com multa de 60%.

O contribuinte apresenta suas razões de defesa, alegando, inicialmente, a tempestividade de sua peça de impugnação e que se trata de pessoa jurídica de direito privado e se dedica à produção, fabricação de embalagens de papelão ondulado, acessórios, atividades descritas nos estatutos constitutivos com cópia em anexo.

Diz que o auto de infração é nulo por vários motivos: não descreve os fatos que ensejaram a autuação contendo imprecisões que trazem insegurança jurídica, fere o direito do contraditório e da ampla defesa já que a Impugnante tem de tentar “adivinhar” quais mercadorias ensejaram o débito; não houve prorrogação válida da fiscalização que foi dada por mais 30 dias e não 90 dias (art. 28, § 1º RPAF/BA); não buscou a verdade material dos fatos que orienta o dever da administração de tomar decisão apenas com base nos fatos reais, carreando aos autos informações e documentos vinculados à matéria em discussão; além da descrição da autuação não ser precisa, deixou de relatar quais seriam as irregularidades praticadas pela impugnante e não descreveu o motivo pelo qual as parcelas de ICMS não poderiam ser incluídas no DESENVOLVE, citando apenas o artigo 18, Lei nº 8.205/02. Presume-se, apesar de tudo, que a autuação seja fruto de uma interpretação restritiva e ilegal do benefício fiscal concedido pelo Estado da Bahia, o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE.

Argüi que os termos usados no demonstrativo do débito (anexo 01-A) – “*difal*”, “*Estorno “difal”*”, “*venda Merc. Adq de Terceiros*”, não obedecem o rigor jurídico e deixam dúvidas com relação ao fato infringido e a origem dos débitos, não sendo possível, por exemplo, identificar qual seria a razão para a autoridade fiscalizadora apontar nos meses de janeiro, maio, junho de 2006, respectivamente, R\$ 6.814,66; R\$ 10.150,18, a título de “*Difal*”? Qual é o fundamento para “*venda Merc. Adq de Terceiros*” nos valores de R\$ 9.900,63; R\$ 9.981,89”? Diz que matéria tributável dessa forma, configura cerceamento de defesa, podendo anular até a CDA, certidão de dívida ativa. Transcreve acórdãos, nesse sentido.

Cita Helly Lopes Meirelles sobre a oportunidade de ampla defesa no processo administrativo; Paulo de Barros Carvalho sobre a vinculação do lançamento tributário do artigo 142 do CTN e que, igualmente, traduz uma conquista no campo da segurança dos administrados, nulidade do auto de infração impugnado, nos termos da legislação do Estado da Bahia e Decreto n.º 70.235/72, art. 10, inc. III, lei federal que regula o Processo Administrativo Fiscal.

Pleiteia que seja determinada diligência ou perícia fiscal dos artigos 123 e 145, Decreto 7.629/99 para que se analise o processo produtivo da impugnante, a fim de possibilitar a distinção dos produtos intermediários, que têm contato direto com o produto final e dão direito ao crédito, daqueles que não têm contato direto com o produto em fabricação, não se admitindo o crédito. Fala ainda na possibilidade de ser juntado laudo técnico por parte da impugnante.

Diz que o montante de notas fiscais que compõem o suposto débito fiscal forma 4 volumes de documentos, demanda o conhecimento técnico de engenharia. Não sendo nulo o Auto de Infração deve ser mandado para diligência para a verificação de cada nota, a natureza das mercadorias, para na seqüência ser verificado se tem direito a crédito ou não. Exemplifica com a nota nº 270, CFOP 2.551, setembro 06, provando que se trata de bens destinados ao ativo fixo.

Traz ainda aos autos considerações sobre o princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS, afirmando que o crédito fiscal é seu corolário (§ 2º, inciso I, artigo 155, CF); que cabe à lei complementar disciplinar o regime de compensação do imposto e prever casos de manutenção de crédito, relativamente à remessa para outro Estado e exportação para o exterior de serviços e de mercadorias, repetido no art. 19, Lei Complementar 87/96; reconhecido tal princípio na legislação do Estado da Bahia (art. 119, artigos 91/93 RICMS/BA), que transcreve, para concluir que “se os materiais, supostamente objetos de autuação (já que o auto de infração é impreciso) são intermediários e foram utilizados no processo de industrialização, não existe motivo para a fiscalização ter vetado estes créditos”.

No mérito, argumenta que através de Protocolo de Intenções, anexo 7, fundamentado na Lei Estadual 7.980/01 e Decreto Estadual 8.205/2002, assinou com o Estado da Bahia, em 20.09.03, um contrato para instalação de fábrica neste Estado, recebendo em troca benefícios fiscais.

Lembra que o referido acordo tem como base a atribuição constitucional do Estado da Bahia de fomentar e regular atividades econômicas, cujo objeto central é o incremento do nível de emprego e redução das desigualdades sociais, sendo para tanto fundamental que o Estado da Bahia estimule novos investimentos, demandando para tal comprometimento público e atuação focada e contínua por parte dos agentes e órgãos da administração pública. O Estado da Bahia forma parcerias com o setor privado, no caso em questão com a impugnante, que, em contrapartida conta para a execução desses empreendimentos, com a concessão de fomentos e financiamentos públicos por prazos que garantam o atingimento das exigências.

Diz que, nesses termos, a impugnante comprometeu-se a realizar a instalação de indústria para a produção de embalagens de papel, papelão e plásticos, investimentos estimados, nos primeiros dois anos, de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais), capacidade de produção inicial de 12.000.000 metros quadrados a partir do ano de 2004, podendo chegar a 50.000.000 de metros quadrados no ano de 2008, completando um investimento total de R\$ 45.500.000 (quarenta e cinco milhões e quinhentos mil reais), além de gerar no mínimo 143 empregos diretos e 715 indiretos.

Descreve a cláusula terceira do acordo: a) dilação de 90% (noventa por cento) do ICMS devido por período de até 72 (setenta e dois) meses, contados a partir da data de pagamento da parcela correspondente à diferença do saldo devedor mensal do ICMS normal e o percentual da parcela fruto da dilação; b) (...); c) diferimento do ICMS nas operações internas relativas às aquisições de bens destinados ao ativo fixo produzidos neste Estado; d) diferimento do ICMS nas aquisições de bens destinados ao ativo fixo em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas.

Diz ser notório que o DESENVOLVE deve ser aplicado em qualquer imposto, não se justificando a exclusão de alguns casos de entrada de mercadorias, todavia, não poderia a autoridade fiscal excluir esses valores do incentivo fiscal. Transcreve parte do Decreto 8.205/2002; a Lei 7.980/2001, para concluir que a própria Lei dispõe no seu artigo 2º, II, fica o Poder Executivo autorizado a conceder o incentivo de diferimento do lançamento e pagamento do ICMS devido. Se a lei não exclui um direito não cabe ao interprete fazê-lo.

Discorre sobre o Regime Jurídico dos incentivos fiscais, citando a orientação de Geraldo Ataliba, deduzindo que não há que se falar na necessidade de lei específica para conceder algo diferente do que, tanto o Protocolo de Intenções assinado pela Impugnante com o Estado da Bahia, como os Decretos 7.980/2001 e a Lei nº 7.629/99 concederam, ou seja, para que o DESENVOLVE seja concedido para todo ICMS devido e apurado.

Discorre também sobre o Direito Premial para significar que o mesmo denota peculiar característica jurídica no sentido de que os benefícios e recompensas são outorgados, regulados e operacionalizados sem rigidez normativa e com o timbre de discricionariedade. Não necessitando estar submetido a preceitos legais taxativos. Conclui que se os supostos débitos apontados pela autoridade fiscalizadora, forem, de fato, débitos, devem receber o tratamento do incentivo fiscal DESENVOLVE.

Aduz que a autoridade fiscal interpretou equivocadamente que o benefício fiscal financeiro (postergação do pagamento do ICMS ou deságio no pagamento adiantado) se aplica tão somente ao ICMS devido quanto da saída do produto final. Entende em contrário a impugnante, uma vez que o Protocolo de Intenções do benefício expressamente abrange “o ICMS devido” e não somente “ICMS devido em razão de saída de mercadoria”.

Afirma que houve vedação no aproveitamento do crédito de mercadorias destinadas à produção ou processo produtivo; que os materiais são produtos intermediários, lançados como créditos, e, ainda que sejam apontados como “uso e consumo”, devem ser incluídos no DESENVOLVE. Arremata que essa falta de critério na classificação dos materiais originou o suposto débito apontado como sendo proveniente do diferencial de alíquota e outros.

Discorre sobre o centro da discussão no presente auto de infração, entendendo que não se trata da utilização de créditos de uso e consumo, mas que as mercadorias não são de uso e consumo; lembra da aplicação de alíquotas internas e interestaduais, da diferença entre a alíquota interna e a interestadual (art. 155, § 2º, item VII, alíneas “a” e “b” e item VIII). A diferença de alíquotas só faz sentido quando o adquirente for consumidor final; materiais que são utilizados no processo de industrialização, não há consumo, mas insumo. Mesmo quando não integrem fisicamente o produto industrializado, tais materiais integram o custo, e conseqüentemente, o preço de venda, ensejando a incidência do ICMS na saída do produto. Cita, assim, HUGO DE BRITO MACHADO.

Diz que não pode ser cobrado ICMS diferencial de alíquotas na entrada de insumos e intermediários, conforme art. 5º, I, RICMS/BA. Portanto, não sendo as mercadorias objeto de autuação, destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento, não há que se falar em cobrança de seu diferencial.

Discorre sobre o conceito de insumos, de matéria-prima, material secundário, produtos intermediários e sua participação no processo industrial. Cita a doutrina de Aliomar Baleeiro,

menção a Decisão Normativa CAT nº 1/2001 do Estão de São Paulo, acerca de "produtos químicos utilizados no tratamento de água afluentes e efluentes", produto intermediário de difícil identificação no processo produtivo, mas que é produto utilizado no controle de qualidade e de teste de insumos e gera crédito de ICMS. Lamenta que o Estado da Bahia não discipline atividade da impugnante, por isso a ação da fiscalização está exigindo mais do que o devido. Excesso que espera ser corrigido quando do julgamento do presente recurso.

Acerca do ICMS em razão da entrada de mercadorias chamada "venda merc. adq. de terceiros" diz que somente consubstancia-se para o Fisco a obrigação tributária no instante em que a pessoa física ou jurídica, salvo hipóteses legais e constitucionais, empreende a transferência de propriedade de uma mercadoria, automaticamente, dando azo ao aparecimento de uma relação jurídica com o Estado, não podendo a lei estadual estabelecer como hipótese de incidência do ICMS uma situação que envolva simples movimentação de bens, extrapolando o conceito de operação relativa à circulação de mercadorias. O simples deslocamento físico de bens, sem qualquer repercussão econômica, não pode configurar fato gerador de ICMS.

Nesse sentido transcreve decisões do STF; posicionamentos de Geraldo Ataliba, Cleber Giardino e José Souto Maior Borges, além de acórdãos do STJ, definindo que a transferência de bens e o simples deslocamento de mercadorias de um para outro estabelecimento da mesma empresa vem sendo, de maneira majoritária, considerada pelo STF e pelo STJ, como não constituinte de fato gerador, eis que não implica transmissão de propriedade.

Completa que o próprio RICMS da Bahia dispõe sobre a isenção de ICMS nas transferências internas de bens de uso e materiais de consumo, no art. 27º. Tal transferência a título de custo não caracteriza a hipótese de incidência do ICMS, já que não existe produção de riqueza envolvida, mas tão somente entrada e saída de mercadoria por eventual deslocamento. Assim, são as notas fiscais nº 5548/2006, 5566/2006, 7131/2006, referente ao papel Kraft e Papel Miolo, matérias-primas utilizadas para a produção das embalagens (doc. 15, 16, 17).

Assevera que o "Conjunto de Facas de Corte e Vinco" é utilizado nas impressoras da produção; que essas mercadorias dão direito a crédito porque participam no processo produtivo (confecção de embalagem), cortando o papelão nas medidas exibíveis para o tamanho da embalagem e se desgastam, perdendo a capacidade de cortar no contato direto de referido papelão, ou seja, referida mercadoria toca diretamente o objeto da produção dando a forma necessária para o produto final. Representa essa mercadoria, as notas fiscais anexas de janeiro de 2006 de números 019800; 19723, 19742, no valor respectivamente de R\$ 4.936,33, R\$ 522,50, R\$ 544,64 (doc. 11 anexo); para maio de 2006, as notas fiscais 20481, 20324, 20448, no valor de R\$ 6.885,54, R\$ 3.174,88, R\$ 7.325,68 (doc. 12 anexo), para o mês de junho de 2006 as notas fiscais de números 20659, 20762, 20774, nos valores de R\$ 5.176,33, 3.095,17, R\$ 6.039,79, R\$ 4.383,72 (doc. 13 anexo); no mês de julho de 2006 a nota fiscal número 20925 no valor de R\$ 2.475,25 (doc. 14 anexo).

Diz, finalmente, que não merece prosperar o Auto de Infração em questão.

O Auditor Fiscal prestou Informação Fiscal, fls. 150/156, repete, inicialmente, em síntese, os termos da autuação e da defesa, a diz que analisará individualmente acerca do cabimento ou não dos argumentos defensivos.

Sobre a infração 01, diz existir vedação expressa no art. 97, XI, RICMS/BA, para o aproveitamento de crédito fiscal, nas aquisições efetuadas a microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. Na peça impugnatória, nenhuma referência foi feita pelo autuado para esta infração.

Com relação à infração 02, afirma que a autuada insiste na nulidade do PAF em razão da ausência do termo de prorrogação da fiscalização e da não descrição da infração praticada. Alega que o Termo de Início foi lavrado em 02.04.08 (fl. 07) e o Termo de Prorrogação (fl. 08) postergou os trabalhos por mais 30 dias com prazo final para 30.07.08. No entanto, a fiscalização somente encerrou em 12.09.08.

Rebate o autuante, afirmando que iniciada a fiscalização em 02.04.08, procedeu à prorrogação no dia 30.06.08 (fl. 08), exarado pelo Inspetor Fazendário. Ora, a prorrogação tem o mesmo prazo do termo inicial de 90 dias e não de 30 dias, como quer o autuado. Acerca da ausência de descrição da infração, diz que a infração foi descrita conforme texto padrão do Sistema de Emissão de Auto de Infração da Secretaria da Fazenda.

Aduz o Auditor Fiscal que em momento algum o autuado aborda com profundidade acerca da infração 02. Faz explanações vagas sobre o DESENVOLVE, descreve o direito ao crédito; sobre materiais do ativo fixo, de uso e consumo e sobre os produtos intermediários. Cita ilustres juristas, sem entrar, de fato, no mérito da autuação.

Esclarece acerca dos fatos ocorridos e respectivos débitos encontrados.

Janeiro de 2006 – o protocolo de intenções assinado entre o Estado da Bahia e a autuada previa na cláusula terceira a dilação de 90% do ICMS por período de até 72 meses. Identificado no livro de Apuração de ICMS saldo devedor de R\$ 1.068,91, sem, no entanto, excluir as parcelas não incentivadas, a saber: diferença de alíquota sobre materiais de uso e consumo, vendas de mercadoria adquiridas de terceiros.

Maior de 2006 – novamente, houve equívoco ao calcular o valor do benefício sem exclusão da parcela do ICMS sobre diferencial de alíquota de materiais de uso e consumo, no valor de R\$ 10.150,18. Deduz-se R\$ 318,92, relativo ao estorno de mercadorias devolvidas, aplicando-se o percentual de 90%, foi encontrado o valor de R\$ 8.848,14, que excedeu a parcela incentivada a que a empresa tem direito.

Junho de 2006 – não fez exclusão da parcela do ICMS sobre diferencial de alíquota de materiais de uso e consumo, no valor de R\$ 8.427,18. Aplicando-se o percentual de 90%, implicou R\$ 7.584,46, que ultrapassou a parcela incentivada.

Julho de 2006 – o benefício do DESENVOLVE deste mês importa em R\$ 100.829,73, aplicando-se o percentual de 90%, apurou-se o valor de R\$ 90.746,76, que deduzindo parcela não incentivada de R\$ 15.227,59 e o ICMS recolhido de R\$ 15.255,99, apura-se R\$ 10.054,57, em parcela a maior.

Fevereiro de 2007 – o benefício do DESENVOLVE deste mês importa em R\$ 172.978,65. Aplicando-se o percentual de 90%, apurou-se o valor de R\$ 155.680,79, deduzindo parcela não incentivada de R\$ 11.357,79 e ICMS recolhido de R\$ 25.789,07, apura-se R\$ 2.866,58, em parcela a maior.

Março de 2007 – o benefício importa R\$ 108.069,09. Aplicando-se o percentual de 90%, implica R\$ 97.262,18, deduzindo parcela não incentivada de R\$ 8.764,03, ICMS recolhido de R\$ 19.510,29, encontra-se o valor de R\$ 60,65, que excedeu a parcela incentivada a que a empresa tem direito.

Pede pela procedência do presente auto de infração.

VOTO

Antes do mérito, cumpre apreciar as preliminares invocadas pelo sujeito passivo em suas razões de defesa, ainda que de forma incidental.

1 – Nulidade, descrição dos fatos, segurança jurídica. Argumenta o autuado que o auto de infração deve ser nulo porque não descreve os fatos que ensejaram a autuação e os dispositivos legais que fundamentaram a imposição legal; tais imprecisões trazem insegurança jurídica, não relatou as irregularidades praticadas pela impugnante. Considero, no entanto, que o presente Auto de Infração foi lavrado atendendo as exigências do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, Decreto 7.629/99, (RPAF BA), notadamente seu artigo 39, não incorrendo em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18, que determinam a nulidade do ato. Os motivos de exclusão de parcelas não contempladas no benefício do DESENVOLVE estão descritos no artigo 18, Lei nº 8.205/02, transcrita, inclusive, nas razões de defesa.

2 – Verdade Material. Reclama o autuado a busca da verdade material dos fatos que, em oposição à verdade formal, orienta o dever da administração tomar decisão com base nos fatos reais e de carrear aos autos as informações e documentos vinculados à matéria em discussão. A verdade material, de fato, consiste na busca da realidade dos fatos, cabendo tanto a administração fazendária e ao contribuinte, não só alegar, mas, sobretudo, produzir provas que criem condições de convicção favoráveis à sua pretensão. Cabe a administração o ônus da prova no ilícito tributário; entretanto, não conferiu a lei ao contribuinte o poder de se eximir de sua responsabilidade de trazer ao processo os elementos materiais à apreciação objetiva e subjetiva estabelecida na legislação tributária. Não foram detectadas, nos autos, atos ou fatos que possam comprometer tal princípio.

3 – Cerceamento do direito de defesa. Descabe no caso em tela, qualquer argumento de cerceamento do direito de defesa, podendo o sujeito passivo exercer amplamente seu direito de impugnar o auto de infração, manifestando-se livremente e apresentando oposição a pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações. Dessa forma não há falar em qualquer mácula ao devido processo legal ou garantias fundamentais do contribuinte.

4 – Atividade vinculada (art. 142, CTN). Sendo vinculada a atividade tributária, deflui a obrigatoriedade do agente fiscal cobrar tributos, uma vez ocorrida a hipótese de incidência, tal vinculação do lançamento tributário, traduz, igualmente, uma conquista no campo da segurança dos administrados. No caso presente, o lançamento do crédito tributário foi efetuado em obediência aos ditames da lei.

5 – Diligência. Insistiu em diversos momentos da impugnação, o autuado, pela realização de diligência, a fim de que, considerando a linha de produção da Impugnante, possibilitar a distinção dos produtos intermediários que têm contato direto com o produto final daqueles que não têm contato direto com o produto em fabricação. Quanto a tal alegação, fica indeferido o pedido com base no art. 147 inciso I RPAF/BA, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. A diligência fiscal não objetiva a produção de provas para o autuado. Os demonstrativos fiscais elaborados pelo Auditor Fiscal, que serviram de base para a lavratura do presente auto de infração, foram construídos a partir de documentos emitidos pelo próprio autuado, não restando motivação para o pedido formulado. Indefiro-o, pois.

6 – Prorrogação da fiscalização. O Termo de Início de Fiscalização destina-se a documentar o início do procedimento fiscal, que deverá ser concluído no prazo de 90 dias. Não sendo possível tal desiderato, o procedimento será prorrogado por iguais períodos, mediante comunicação escrita da autoridade competente. No caso concreto, o termo de prorrogação encontra-se anexo à fl. 08, autorizado pelo Inspetor Fiscal. O fato de constar no termo “prorrogação por 30 dias” é irrelevante, tendo em vista que as prorrogações ocorrem “por iguais períodos consecutivos”, conforme comando do art. 18, § 1º, RPAF/BA, encontrando-se, assim, os procedimentos fiscais devidamente prorrogados no tempo de sua conclusão. Depois, ainda que formalmente não houvesse tal prorrogação, sua ausência, não implicaria nulidade do auto de infração, mas retorno da faculdade ao sujeito passivo de exercer o seu direito à denúncia espontânea.

Superadas as preliminares invocadas pelo sujeito passivo.

Cuida o presente auto de infração de proceder à exigibilidade de ICMS decorrente de 02 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças componentes do presente PAF, faço as constatações a seguir, exceto para a infração 01, reconhecida pelo autuado, juntando cópia de comprovantes do pagamento, fl. 161, além de documento extraído do SIGAT, fl. 163, não existindo lide, dispensada sua apreciação.

Discorreremos a seguir acerca da infração questionada:

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo o recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da falta de pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, de acordo com o previsto no Art. 18 do Decreto 8.250/02, que regulamentou o Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE), tendo em vista que o protocolo de intenções assinado entre o Estado da Bahia e a autuada previa, em sua cláusula terceira, a dilação de 90% do ICMS por período de até 72 meses. No entanto, foram identificados no livro Registro de Apuração de ICMS do autuado, a consignação dos saldos devedores, sem a exclusão das parcelas não incentivadas, representadas por diferença de alíquotas sobre a entrada de materiais de uso e consumo, vendas de mercadoria adquiridas de terceiros, etc.

Diante da constatação pelo Auditor de que o sujeito passivo não procedia à exclusão da dilação do ICMS supracitado as parcelas não incentivadas, o que o fez através do lançamento de ofício, argumenta o impugnante em suas razões que o DESENVOLVE deve ser aplicado em qualquer imposto, não se justificando a exclusão feita pela autoridade fiscal.

Entendo não assistir razão ao sujeito passivo. Descreve a cláusula terceira do Protocolo de Intenções, cópia anexa às fls. 121/126, que o Estado da Bahia concede e garante ao contribuinte a dilação de 90% (noventa por cento) do ICMS devido, diferimento do ICMS nas operações de importação e internas relativas às aquisições de bens destinados ao ativo fixo, produzidos neste Estado além das aquisições de bens destinados ao ativo fixo em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas. A habilitação do contribuinte aos benefícios do DESENVOLVE foi efetivada através Resolução 18/2004, fl.129.

Verificando a referida Resolução e o Decreto supracitado, não se encontra respaldo para que tal benefício da dilação de prazo de pagamento do imposto se estenda ao ICMS decorrente da diferença de alíquotas relativa às aquisições de materiais de uso e consumo ou outros materiais. Portanto, o contribuinte não está autorizado a utilizar o benefício da dilação de prazo em relação ao imposto decorrente do diferencial de alíquotas relativo às aquisições de materiais de uso e consumo.

Traz aos autos, em sua defesa, o sujeito passivo, uma série de outras considerações que apreciaremos, tendo em vista o art. 155, RPAF, que instrui resolver todas as questões suscitadas no processo, apesar de distante do cerne da questão. Assim é que o impugnante traz considerações sobre o princípio da não cumulatividade aplicado ao ICMS, afirmando que o crédito fiscal é seu corolário (§ 2º, I, artigo 155, CF).

Em nenhum momento se tratou da vedação de crédito fiscal que pudesse contrariar tal princípio. O auto de infração questiona a utilização do benefício ao arrepio da Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, do Decreto 8.250/02 e da Resolução 18/2004, uma vez que o contribuinte no cálculo da parcela beneficiada incluiu operações relativas à diferença de alíquota na aquisição de materiais de uso e consumo.

Questiona ainda o autuado que, nos termos do art. 155, § 2º, item VII, alíneas “a” e “b” e item VIII, CF 88, a cobrança de ICMS em razão de diferença de alíquotas interestadual, só faz sentido quando o adquirente for consumidor final, não se admite em produtos para industrialização, pois não há consumo, mas insumo. Ocorre que não se questiona pertinência do diferencial de alíquotas, sua incidência, ou sua fundamentação. É cediço que seu fato gerador é a entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento (art. 5º, I, RICMS/BA).

Conforme orienta o art. 18 do Decreto 8.250, de 03.04.2002, que aprova o Regulamento do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, a empresa habilitada que não recolher a parcela do ICMS não sujeita a dilação do prazo, perderá o direito o benefício à parcela incentivada naquele mês. Os valores que foram

excluídos da apuração fiscal do contribuinte e compuseram a exigência dessa infração 02, de acordo com os demonstrativos de fls. 09/10, se referem às parcelas de ICMS não sujeitas à dilação do prazo, nos termos da legislação regente. Foi identificado no livro de Apuração de ICMS saldo devedor a menos, porque incluía parcelas da diferença de alíquotas sobre materiais de consumo e vendas de mercadorias adquiridas de terceiros, não incentivadas, e que não faziam parte do rol de benefícios tratados no Protocolo de Intenções firmados entre o Estado da Bahia e o autuado.

Verifico, assim, dos elementos acostados aos autos, que o débito foi apurado com base nos lançamentos escriturados pelo próprio autuado no seu livro de Apuração de ICMS como parcela beneficiada, o valor da diferença de alíquotas sobre a aquisição de bens de uso e consumo, não previsto na legislação do DESENVOLVE. Nessa quadra, tais aquisições, sujeitam-se a pagamento da diferença de alíquota, fora da dilação beneficiada da Lei 7.980/01, que somente contempla a diferença de alíquota sobre a aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado.

Cita o autuado, como exemplo a seu favor, a nota fiscal de entrada número 270 com código CFOP 2.551, tentando provar que se trata de bens destinados ao ativo fixo. Contudo, verifico que a nota fiscal 270 (fl. 81) trata de material arrematado em leilão da Inspetoria da Receita Federal e não se sabe do que se trata exatamente. Os produtos estão descritos por 5000 peças sobressalentes.

Anexa ainda o autuado diversas notas fiscais relativas à aquisição do CONJUNTO DE FACAS DE CORTE E VINCO, fls. 134/143, insistindo que “tais mercadorias dão direito a crédito porque participam no processo produtivo, cortando o papelão nas medidas exibíveis para o tamanho da embalagem e se desgastando, perdendo sua capacidade de corte no contato direto de referido papelão”. No entanto, não restam comprovadas nos autos de que tais documentos se referem aos valores registrados nos livros fiscais do autuado e se correspondem às parcelas identificadas como diferencial de alíquotas no livro Registro de Apuração de ICMS. O autuado não apresenta provas nesse sentido.

Apresenta ainda, fls. 144/146, cópias das notas fiscais n^{os} 5548, 5566 e 7131, de transferência para filiais nos Estados de Ceará e São Paulo com imposto destacado normalmente; afirma que tais notas se referem à matéria-prima utilizada para a produção das embalagens. Novamente, não apresenta qualquer vinculação entre o que afirma e as provas constantes nos autos. Não mostra qual relação efetiva tem esse fato com o registro da parcela de diferença de alíquotas lançada em sua escrita fiscal e excluída pelo Auditor durante a ação fiscal.

Ressalto que conforme disposto no art. 123, RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo fazer a impugnação do lançamento por escrito e acompanhada das provas que dispuser, inclusive documentos, levantamentos, demonstrativos relativos às suas alegações. No caso em tela, como se tratam de operações registradas no seu próprio livro caberia ao impugnante juntar as provas efetivas que fundamentassem os seus argumentos, no sentido de evidenciar quais as aquisições que compuseram os lançamentos registrados como uso e consumo, fato que não ocorreu. Nesses termos, é verídico o quanto exigido, visto que não foi comprovado fato controverso com elementos de prova que o autuado possui.

Ante o exposto, resta configurada a utilização indevida das parcelas de diferença de alíquotas sobre a entrada de materiais de uso e consumo, não incluídas no rol de benefícios concedidos ao autuado, nos termos da Resolução 18/04.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n^o **298958.0100/08-1**, lavrado contra **RIGESA DA BAHIA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no

valor total de **R\$ 30.746,17**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR