

A I Nº - 207090.0003/10-5
AUTUADO - BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTES - MARIA CONSUELO PIRES BARROS
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 13.09.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0238-02/10

EMENTA: ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. **a)** BAHIAPLAST E DESENVOLVE. RECOLHEU A MENOS EM DECORRÊNCIA DE ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Foi considerada correta a exigência do imposto, tendo em vista a exclusão de produtos não contemplados pelo benefício do Bahiaplast, exercício de 2006, e entre o período de dezembro/06 e até dezembro 07, o cálculo com base no benefício do Desenvolve. **b)** DESENVOLVE. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude da falta de pagamento, na data regulamentar, das parcelas não sujeitas à dilação de prazo, acarretando a perda do direito ao benefício em relação às parcelas incentivadas pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE). Falta de atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Mantido o lançamento. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ATIVO IMOBILIZADO. Ficou demonstrado que os créditos relativos à aquisição de Ativo Imobilizado foram aproveitados sem obediência a legislação tributária estadual, ou seja, 1/48, bem como os critérios de proporcionalidade. Créditos já aproveitados para reduzir o valor reclamado na infração 01. Infração mantida. **b)** ESTORNO INDEVIDO DE DÉBITO RELATIVO À DIFERENÇA DE ALÍQUOTA, EM RAZÃO DE DEVOLUÇÃO DE ATIVO PERMANENTE. Não acolhido o pedido de cancelamento da infração, pois o autua não trouxesse qualquer elemento probatório que sustentasse a genérica argüição, cabendo consignar o que dispõe o art. 143 do RPAF/99. Rejeitadas as argüições de nulidade, pedido de diligência/pericia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2010, exige o ICMS no valor de R\$3.082,603,46, referente às seguintes infrações:

Infração 01 – recolheu a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto ICMS no valor de R\$275.287,11, multa de 60%. Consta que se trata de 1 Bahiaplast;

Infração 02 - 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 razão à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. ICMS no valor de R\$2.565.673,87, multa de 60%;

Infração 03 - utilizou crédito fiscal do ICMS relativo à entrada de bem do Ativo Imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela Legislação. ICMS no valor de R\$237.744,57, multa de 60%;

Infração 04 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente ao estorno indevido de débito de diferença de alíquota, em razão de devolução de Ativo Permanente. ICMS no valor R\$3.897,91, multa de 60%.

O atuado, às fls. 1620 a 1624 dos autos, apresenta impugnação ao lançamento, afirmando, quanto à infração 01, que o benefício fiscal do BAHIA PLAST, atribuía crédito presumido para saídas interna e interestaduais de produtos de fabricação própria referente a Baldes Plástico, no entanto na visão da auditora a empresa se creditou indevidamente quando das saídas de produtos de sua fabricação referente à Bombonas, sendo estornados da conta corrente fiscal os créditos presumido nas operações de saídas internas e interestaduais, o que não concordamos.

Esclarece que a atividade preponderante da empresa é a fabricação de embalagens plástica, fato este evidenciado na sua própria razão social, Bomix Indústria de Embalagens Ltda., no entanto visando diversificar sua linha de produção a empresa passou a fabricar, além de baldes plástico, também bombonas, produtos da mesma linha de produção e semelhança.

Assegura que os produtos industrializados e comercializados pela empresa obedecem normas da RFB – Receita Federal do Brasil, principalmente a classificação fiscal, conforme determina o RIPI – Regulamento Imposto de Produtos Industrializados e a tabela TIPI – Tabela de Incidência de Produtos Industrializados, Decreto 4554/2002, Seção VII, Capítulo 39 – Intitulado, PLASTICO E SUAS OBRAS, anexo 01.

Afirma que Baldes como a Bombona têm as mesmas características: a) tem a mesma classificação fiscal, 3923.90.00, enquadrados na classificação genérica, como sendo "Outros", anexo 02.; b) utiliza a mesma Matéria Prima na sua fabricação, polietileno de baixa e alta densidade; c) tem a mesma tributação, alíquota do IPI de 15% (quinze por cento);, d) tem a mesma utilização, ou seja, para acondicionar produtos líquidos.

Esclarece, também, que a empresa obteve o benefício do BAHIAPLAST, conforme resolução 11/99, que contemplava o período 01/2000 a 12/2007. Entende que este benefício permite a utilização de crédito presumido nas operações internas e interestaduais em percentuais definidos pela resolução.

Aduz que a empresa em 12/2006 foi contemplada com o benefício fiscal do DESENVOLVE, conforme Resolução 163/2006, porém continuou a apurar o ICMS utilizando o benefício fiscal do BAHIAPLAST. Alude que, com a extinção do benefício fiscal BAHIAPLAST, todas as empresas que possuíam este benefício seriam obrigadas a migrar para o novo benefício, DESENVOLVE, a partir do ano seguinte em que o mesmo foi instituído.

Conclui que, logo, as empresas se sentiram prejudicadas, pois tiveram sua carga tributária majorada tornando-se empresas não competitivas.

Consigna que para reparar o equívoco no começo de 2007, com a mudança do governo e atendendo solicitações, principalmente do setor de plástico, foi determinado que algumas empresas beneficiárias do BAHIAPLAST permanecessem durante o exercício de 2007, mesmo já tendo resoluções determinando a migração para o DESENVOLV

Além do mais, continua o autuado, esta infração não deve prosperar, pois a empresa, como já mencionado, não apurou o ICMS com base no PROGRAMA DESENVOLVE, conforme a Liminar no Mandado de Segurança da 3^a Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador, tombado sob número 11.098.457/2006-R, ratificado pelo Agravo de Instrumento n. 306378/2006 J. pela Quinta Câmara Cível Do Tribunal de Justiça Do Estado da Bahia que foi acordado que a Impetrante/Agravada não fosse excluída do Programa BAHIAPLAST, para *não inviabilizar a suas atividades comerciais*. (acórdão em anexo 03).

Requer a anulação desta infração, sob o argumento de que a empresa escriturou e apurou o ICMS conforme decisão Judicial não concordando também com a exclusão das saídas interna e interestadual do produto BOMBONAS, na constituição do crédito presumido, pois esta exclusão afeta a apuração do ICMS nos meses subsequentes, portanto modificando o seu valor.

Quanto a Infração de número 02 entende que deve de plano ser cancelada, pois o período de 31/12/2006 à 31/12/2007 a Empresa estava contemplada com o programa BAHIAPLAST, por decisão Judicial, como supra mencionado.

Sustenta que, não sendo aceito o BAHIAPLAST a empresa ainda faria jus ao incentivo fiscal DESENVOLVE, sendo assim deveria recolher a parcela incentivada prevista pelo Programa DESENVOLVE, no valor de R\$ 256.567,39 (Duzentos e cinqüenta seis mil quinhentos sessenta sete reais e trinta nove centavos), parcela esta referente à dilação do prazo, conforme **anexo 04**. E não o valor de R\$ 2.565.673,87 (dois milhões quinhentos sessenta cinco mil seiscentos e setenta três reais e oitenta sete centavos), isso porque a empresa seria penalizada a recolher o ICMS do período 12/2006 à 12/2007 sem qualquer incentivo.

Considera justificável tal assertiva, pois quando a própria autoridade, ao fazer o levantamento, reconhece que o contribuinte não cometeu irregularidade fiscal, afirmando que errou ao calcular o imposto devido em cada mês, assim, entende que não agiu com intuito de burlar o fisco estadual, pois as informações prestadas a Secretaria da Fazenda, através das DMAs, não houve lançamento de imposto a ser recolhido durante o período 12/2006 à 12/2007, e os registros fiscais e contábeis da empresa estão escriturados em conformidade com a Legislação.

Argui que a única autoridade competente para suspensão do benefício fiscal do DESENVOLVE é o Conselho Deliberativo do Programa, conforme previsto na Lei 7980/2001, no seu artigo 9º, que estabelece a única possibilidade de cancelamento unilateral do benefício. Uma vez que a lei estabeleça a possibilidade da suspensão automática do benefício nenhum outro regulamento pode acrescentar regra que a lei não preveja, isso por ordem da hierarquia constitucional –logo, o decreto 8205 é inconstitucional, pois acrescenta determinação de cancelamento não prevista na lei.

Traz os ensinamentos do Mestre Aliomar Baleeiro: “Materialmente, o regulamento [estenda-se ao decreto, no caso concreto] é também auto-regra, porque dispõe sobre situações gerais e impessoais. Mas não se liberta da lei, à qual serve e é subordinado. Ela lhe traça o limite, dentro do qual o Executivo, exercendo a função regulamentar, dispõe sobre os pormenores que o legislador lhe deixou, porque lhe interessa apenas fixar as diretrizes, fins, objetivos e condições a serem atingidas” (*Direito tributário brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 644).

Argumenta que a Lei 7014/96 do ICMS estabelece as infrações à legislação do ICMS nos seus arts. 41 e 48 com base nas premissas do Código Tributário Nacional que no seu artigo 99 determina que o alcance dos decretos restrigem-se aos das Leis em função das quais tenham sido criados e determinados com observância das regras de interpretação estabelecidas nesta lei.

Aduz que o inconstitucional decreto prevê no seu art. 19 as condições para cancelamento no seu parágrafo 1º, reforçado pela resolução 02/2007 do Conselho deliberativo que remete ao plenário esta decisão.

Diante disto requer o cancelamento desta infração pelas questões acima, pois esta infração é acessória da infração anterior, e que não deve prosperar ainda por ter a Empresa direito ao programa BAHIAPLAST.

Quanto à infração 03, assegura que a empresa utilizou o crédito fiscal apurado através do Auto de Infração 108595.0004/060, no valor de R\$ 237.744,57 (duzentos e trinta sete mil setecentos e quarenta quatro reais e cinqüenta sete centavos), este crédito foi levantado pela autoridade competente referente ao período 2004 a 2006, para ser utilizado em períodos subsequente ao referido Auto, sendo que a empresa utilizou todo crédito nos meses de julho/2007, setembro/2007 e novembro/2007. Logo, reconhece que parte desse crédito deveria ser utilizado até o período 03/2010, sendo assim, a empresa deveria ser autuada pela utilização dos créditos antecipados do exercícios 2008, 2009 e os meses de Janeiro, Fevereiro, Março e Abril de 2010, porém foi autuada pela utilização de todo crédito constante no referido Auto.

Entende não prosperar o período de Janeiro de 2006 à dezembro de 2007, sendo apenas que ser notificada no período posterior a Janeiro de 2008.

A empresa solicita perícia para que seja levantado o crédito que deveria ser realmente utilizado pela aquisição de bem do ativo imobilizado, não concordando com o valor total da infração.

Requer o cancelamento total das infrações 01, 02 e 03 e parcial da infração número 04.

O autuante, às fls. 1651 a 1662, apresenta a informação fiscal aduzindo que o contribuinte utilizou-se do Benefício Fiscal Bahiaplast, conforme Resolução número 11/99 - cópia folha 25 deste processo - a partir de 27/12/99, até 01/12/2005 (conforme Resolução n. 05 / 2006, cópia folha 36 deste Auto), podendo utilizar-se de crédito presumido nos percentuais indicados na Resolução, para saídas de Baldes Plásticos, para o mercado Estadual e ainda para as operações de Saídas interestaduais do mesmo produto.

Sustenta que verificou no exercício de 2006, que, no cálculo do referido Benefício Fiscal, o contribuinte incluiu valores referentes à venda de produtos de sua fabricação, quer para o Estado, quer para fora do Estado, que não se encontravam abrigados pela Resolução 11/99, anteriormente citada. Assim, elaborou os Levantamentos Fiscais: 1 a) Saídas Estaduais de Produção Própria, não contempladas pelo Bahiaplast; 1 b) Saídas Interestaduais de Produção Própria, não contempladas pelo Bahiaplast;

1 c) Saídas de Produção Própria, não contempladas pelo Bahiaplast - RESUMO; 1 d) Apuração do ICMS (onde foi corretamente Calculado o ICMS, sob a hélide do Bahiaplast), considerando-se inclusive os valores lançados no LRAICMS número 06 do contribuinte, a título de diferença de alíquota, outros créditos, outros débitos e saldo credor do período anterior (recebido em julho/06).

Destaca que todos os Levantamentos aqui referidos estão em anexo a este Auto e foram entregues em cópia ao contribuinte. Também em anexo, xerox das NF Saídas, no Levantamento relacionadas, e cópia do LR Saídas, LR Entradas e LRAICMS n. 06 e 07, do contribuinte.

Afirma que, diante da não escrituração de livro CIAP (nos moldes do art. 339, Parágrafo 2, I e II do Dec. 6284 / 97), foi necessário, através das NF de aquisição de ativo, fornecidas pelo contribuinte, elaborar um Levantamento Fiscal - ATIVO - CIAP (parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte), onde, desde 2001, foram consideradas todas as NF apresentadas de per si (cujas xerox estão anexadas a este Auto), verificando-se, a regularidade das mesmas, se poderiam ou não atribuir crédito ao contribuinte, e durante qual período (até dezembro / 07).

Relata que o procedimento de Levantar o CIAP do contribuinte (exercícios de 2004, 2005, até maio / 2006), já constou de AI anterior - n. 108595.0004 / 06 - 0 - cópia anexada, onde o preposto fiscal, a título ilustrativo, revelou um valor de R\$ 237.744,57 - a serem ~~aplicados~~ atendida a proporcionalidade entre saídas tributadas e não tributac

partir daquela data - maio / 06, uma vez atendidas as condições que viabilizassem o crédito (como a não devolução / desincorporação de um bem, por exemplo).

Complementa que os resultados, mensais, foram compilados no Levantamento Fiscal - Ativo - CIAP II (também em anexo e entregue em cópia ao contribuinte), onde: considerou-se a proporcionalidade de crédito do Ativo (conforme previsto no art. 93, Parágrafo 17, III do RICMS); c) considerou-se o crédito efetivamente utilizado pelo contribuinte, nos Livros Registro de Entradas n. 06 e 07, sob os CFOP 1551 e 2551; d) chegou-se aos valores do ICMS de ativo, creditados a menos (de janeiro a junho / 06, de modo a não prejudicar o contribuinte, foram somados - R\$26.484,14 - e lançados adicionando-se os valores apurados em julho / 06, de modo a comporem corretamente o Levantamento Fiscal Apuração do ICMS - veja item 1 d) supra.

Aduz que, a partir de dezembro / 06 e até dezembro 07, conforme Resolução número 163 / 2006 (cópia anexada), contribuinte passa a usufruir dos Benefícios do DESENVOLVE, para a produção de baldes e bombonas. A partir de então, foi elaborado um novo Levantamento Fiscal - Apuração do ICMS - DESENVOLVE, trazendo-se inclusive saldo credor apurado em novembro / 06, advindo da planilha mencionada no item 1 d), e ainda assim, apurou-se valores de ICMS a recolher.

Destaca que no Levantamento Fiscal - Apuração do ICMS - DESENVOLVE - foram separadas as operações (Entradas e Saídas) incentivadas, das não incentivadas, atendendo ao disposto na Instrução Normativa n. 27/09, 54 / 09 e 57 / 09 (cópias anexadas). Os valores de ICMS que compuseram a coluna Entradas (Outros Créditos), estão conforme lançado no LRAICMS número 06 e 07 do contribuinte (cópias anexadas). Atendendo ao que dispõe o art. 112, parágrafo 1, do Dec. 6284 / 97, os valores de ICMS, que, neste Levantamento, compuseram a coluna Entradas (estorno de débitos), são originalmente advindos dos lançamentos equivocados do contribuinte, como outros débitos, no LRAICMS n. 06 (dezembro / 06) e n. 07 (janeiro a dezembro / 07). Neste Levantamento Fiscal, os valores mensais que compuseram a coluna Entradas - CIAP, são os apurados conforme Levantamento Fiscal - Ativo - CIAP II - veja item dois à) supra. Afirma que, conforme extrato da arrecadação 2006, 2007, parte integrante deste Auto, não houve recolhimento do ICMS no código de receita 0806, referente à ICMS Normal Indústria (fatos geradores de dezembro / 06 a dezembro / 07).

Lembra que na defesa apresentada pelo contribuinte (vide folhas 1621 e 1622), a empresa assume que ao requerer o Benefício Fiscal Bahiaplast só produzia baldes plásticos, mas que, após a concessão deste Benefício, expandiu a sua produção para bombonas, ou seja, não negando os fatos apontados na autuação, ao contrário, confessa-os.

Entende que Benefício Fiscal não é distribuído indistintamente. Ele advém de um pedido, feito pelo contribuinte, atendendo às inúmeras exigências, que, ao ser examinado por um Conselho Deliberativo próprio, decide pelos seus termos, amplitude, percentuais, período de validade, etc. Assim, a Resolução torna-se Lei entre as partes.

Argumenta que o art. 11 do RICMS (Dec. 6284 / 97) informa que, quando a fruição ou o reconhecimento do benefício fiscal depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição. Assim, benefício fiscal conferido a determinado tipo de produto, não se estende, por vontade unilateral do contribuinte, a outros tipos de produtos da produção futura do beneficiário.

Após os esclarecimentos acima prestados, entende ficar claro que os valores referentes às vendas de bombonas e de outros produtos que não sejam baldes plásticos, devem ser excluídos da Apuração do ICMS beneficiado pelo Bahiaplast, nos termos da Resolução 11 / 99, supracitada, daí o acerto do Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS constante da folha 67 deste processo.

Sustenta que extinguir um Benefício Fiscal (no caso o Bahi) oferecendo a possibilidade de migração para outro programa de I

atribuições do Executivo Estadual - vide abaixo os termo do Dec. 8205 / 02 art. 10, parágrafo 3, e seus incisos:

Argumenta que, conforme art. 104 do Código Civil (Lei 10406 / 2002), a validade do negócio jurídico requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (em outras palavras, a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza). O contribuinte não comprova quaisquer vícios de vontade que o incapacitassem para a migração pretendida. Se em algum momento considerou que haveria aumento da carga tributária, com a migração requerida, teve a opção de não migrar para o novo Benefício Fiscal (DESENVOLVE). E, assim, não agiu. Inclusive, por sua conveniência, tratou de abranger, na nova Resolução n. 163 / 06, datada de 21/12/2006, entre os produtos de sua produção, as bombonas (que não constavam do Benefício Fiscal BAHIAPLAST).

Questiona o autuante que, “*caso o autuado se considerasse protegido contra a extinção do BAHIAPLAST (com a Revogação da sua permanência, ocorrida através da Resolução 05/2006 de 21/12/2006), pela Liminar em Mandado de Segurança requerido, datado de 22/06/2006, que apresenta na folha 1641 deste processo (e que discutiremos a seguir), por que manifestar validamente a sua vontade em migrar para o DESENVOLVE?*”

Destaca que o autuado em sua defesa, ao final da folha 1622 deste processo, que “foi determinado que algumas empresas beneficiárias do BAHIAPLAST permanecessem durante o exercício de 2007, mesmo já tendo resoluções determinando a migração para o DESENVOLVE, permanecessem utilizando o benefício do BAHIAPLAST”. Argumenta que, conforme uma máxima do Direito, dizer e não provar, é não dizer. Ainda que tal situação bizarra, contrária a Lei tivesse ocorrido, certamente não ocorreu com a requerente, que se abstém de prová-la.

Alinha que, finalmente, na folha 1623, como trunfo, a empresa argumenta que possui uma Liminar em Mandado de Segurança, exarada pelo 3^a Vara da Fazenda Pública desta Capital, em 22/06/2006 – cópia na folha 1641 deste processo, seguido de julgamento favorável à empresa, de Agravo de Instrumento (Acórdão entre as folhas 1642 a 1647 deste processo), ação ainda não julgada quanto ao mérito, e que obrigaria a Fazenda Estadual a mantê-la no BAHIAPLAST. Afirma que ao não se utilizar Benefício do DESENVOLVE para apurar e recolher o imposto devido, entre dezembro / 2006 e dezembro / 2007 estaria cumprindo uma ordem judicial. Mas, a partir de 2008, constata-se que adotou o DESENVOLVE, voluntariamente. Verifica-se que seus argumentos variam ao sabor das suas conveniências.

Sustenta, que, além do mais a simples leitura da Liminar constante da folha 1641, faz cair por terra a irresignação da autuada. Ali, continua o autuante, é possível ler “...deste modo, defiro a LIMINAR perseguida para determinar que as apontadas autoridades coatoras se abstêm de adotar providências no sentido de retirar qualquer benefício ou incentivo fiscal da impetrante, em decorrência da utilização e compensação dos créditos fiscais de ICMS adquiridos da TRANSBRASIL S A – LINHAS AÉREAS ...”. Há um vínculo de causa e efeito entre utilizar os créditos fiscais referidos e a retirada do programa de Benefício Fiscal.

Considera que a Resolução 05/2006 – revoga o BAHIAPLAST para a autuada e para mais 17 empresas. Assim, ocorreu com outras incontáveis empresas do Estado, beneficiadas pelo BAHIAPLAST, em dezembro / 2006, que naquele mês tinham a opção, ou não, de migrar para o DESENVOLVE (novo programa opcional de Benefício Fiscal instituído pelo Governo do Estado da Bahia).

Questiona onde está, na infração 01 sob exame, a relação entre a causa e o efeito, pretensamente defendido pela Liminar apresentada. Afirma que, simplesmente ele não existe.

Assim, mantém a posição de que a Fazenda Pública Estadual, na gestão, extinguir ou criar os Benefícios Fiscais, sobre os tributos da sua competência.

empresas que se adequem às suas exigências legais e neste caso específico, não está deixando de cumprir o determinado na Liminar do Mandado de Segurança da folha 1641 deste processo.

Observa que o contribuinte foi silente quanto ao Levantamento Fiscal – ATIVO - CIAP (2006 e 2007) – folhas 268 a 277 deste processo e Levantamento Fiscal - ATIVO – CIAP II (2006 e 2007) – folhas 266 e 267 deste processo, seguido de cópias de todas as NF analisadas (folhas 278 a 500 deste Auto), que lhe atribuem, corretamente, o valor passível de aproveitamento a título de aquisição de Ativo (CIAP), nos Levantamentos constantes das folhas 67 e 66 deste processo (Levantamentos Fiscais estes que ficam mantidos em todos os seus termos e valores).

Assim, entende que sobre os frágeis argumentos da autuada, prevalece a aplicação do DESENVOLVE (Resolução 163 / 2006) para apuração do ICMS devido pela empresa autuada, desde dezembro / 2006 até dezembro / 2007 – limite desta fiscalização.

Mantém Infração 01 em todos os seus termos e valores.

Quanto à infração 2, o autuante reproduz inicialmente a infração, “*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 razão à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve.*”

Relata que, conforme art. 18 do Dec. 8205 / 02, a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita a dilação de prazo, perderá o direito ao benefício, em relação à parcela incentivada naquele mês.

Consigna que a defesa do contribuinte quanto à infração 2 do Auto lavrado está na folha 1623 e 1624 deste processo traz a argumentação de que não caberia a Apuração e cobrança do imposto pelo Desenvolve e sim pelo Bahiaplast, em virtude de decisão judicial (Liminar constante da folha 1641 deste processo).

Sustenta que, conforme visto na informação à infração 01 deste Auto, um novo Benefício Fiscal (DESENVOLVE), sucedeu ao BAHIAPLAST e o contribuinte expressou livremente a sua vontade em migrar de um para outro, e em data posterior à concessão da Liminar apresentada.

Repete os argumentos já alinhados na infração 01, para concluir que, mais uma vez o contribuinte tenta negar que requereu a migração entre eles, em dezembro / 2006.

Entende que a autuada distorce conteúdo de Liminar, consignando os mesmos argumentos já mencionados na infração 01.

Argui que a defendanté começa a admitir que não apurou corretamente o imposto devido, quando informa que “não sendo aceito o BAHIAPLAST a empresa ainda faria jus ao incentivo fiscal do DESENVOLVE, sendo assim deveria recolher a parcela incentivada prevista pelo programa DESENVOLVE, no valor de R\$ 256.567,39 ...” (grifos meus). Mas, assim não procedeu, conforme visto através do extrato da arrecadação da empresa, exercícios de 2006, 2007 e 2008 (folhas 11, 12 e 13 deste processo). Não recolheu nada, referente à ICMS devido por estabelecimento com atividade industrial, Código de Receita 0806, referente ao período de dezembro / 2006 a dezembro / 2007. O valor expresso pelo contribuinte inclusive, nem coincide com o cobrado na infração 01 do Auto examinado, que é de R\$ 275.287,11 (vide Levantamento constante da folha 66 deste processo).

Destaca que a falta do recolhimento, no prazo, dos valores apurados na infração 01 é a essência da infração 02 aqui examinada. Conforme art. 18 do Dec. 8205 / 02, (anteriormente mencionado), a empresa habilitada ao DESENVOLVE, que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita a dilação de prazo, perderá o direito ao benefício, em relação à parcela incentivada naquele mês.

Relata que a seguir o contribuinte atribui à autuação as palavras (vide folha 1623) “a própria autoridade, ao fazer o Levantamento, reconhece que o contribuinte não cometeu irregularidade fiscal, afirmando que errou ao calcular o imposto devido em cada mês, logo não agiu com o intuito de burlar o fisco estadual, pois as informações prestadas a Secretaria da Fazenda, através das DMAs, não houve lançamento do imposto a ser recolhido entre 12/2006 à 12/2007, e os registros fiscais e contábeis da empresa estão escriturados de conformidade com a Legislação”. Consigna que, em nenhum documento do AI examinado constam tais palavras e se o preposto fiscal assim entendesse, o Auto não teria sido lavrado, nem a Defesa nem esta Informação Fiscal seriam necessárias. Para a opinião do contribuinte, expressa como sendo da fiscalização, cabe o art. 911, e parágrafo 1, do RICMS-Dec. 6284/97, que informa que constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 915 e que a responsabilidade por infração relativa ao ICMS não depende da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Aduz que, ainda na folha 1623, a autuada promove uma confusão entre os conceitos de suspensão e cancelamento de Benefício Fiscal. Entende que o autuado parece ignorar que são figuras distintas e como tais, tratadas em artigos distintos do Dec. 8205 / 02. A suspensão no art. 18, o cancelamento, no art. 19. Acerca da matéria segue abaixo, entendimento formulado pela 2ª CJF, através do Acórdão CJF nº 0027-12/09, no qual consta o Dr. Tolstoi Seara Nolasco como Presidente/Relator, passando a transcrever o aludido voto.

Conclui o autuante que se alinharam as razões e ponderações constantes no aludido voto, acolhidas por unanimidade pelos demais conselheiros, pois, no mesmo esteio, verifica que, no presente caso, não há razão para a nulidade do Auto de Infração, vez que não houve a cassação do benefício, este sim, ato de competência do aludido Conselho Deliberativo, determinado nas Resoluções nº 01/2002 e nº 02/2007. A ação fiscal do autuante restringiu-se a não aplicação das normas do incentivo fiscal no período em que o contribuinte não cumpriu as exigências fixadas na lei do benefício em análise (DESENVOLVE), exercendo o autuante, por conseguinte, a competência que lhe cabe para o ato administrativo de lançamento, previsto no art. 142 do CTN, sem que, para tanto, dependa da autorização de outra esfera de competência.”

Pelos motivos, acima enunciados, mantém a infração 02 do AI examinado em todos os seus termos e valores.

Quanto à infração 03, afirma se tratar de utilização de crédito fiscal do ICMS relativo à entrada de bem do Ativo Imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela Legislação.

Assevera que o procedimento de Levantar o CIAP do contribuinte (exercícios de 2004, 2005, até maio / 2006), já constou de AI anterior - n. 108595.0004 / 06 - 0 - cópia anexada juntamente com os respectivos demonstrativos, onde o preposto fiscal, a TÍTULO ILUSTRATIVO, revelou um valor de R\$ 237.744,57 - a serem incorporados ou não pelo contribuinte, atendida a proporcionalidade entre saídas tributadas e não tributadas, e ainda na base de 1/48, A PARTIR DAQUELA DATA - MAIO / 06 (e pelos próximos 47 meses), uma vez atendidas às condições que viabilizassem o crédito (como a não devolução / desincorporação de um bem, por exemplo) – vide folha 22 a 27 deste processo.

Sustenta que o autuado, equivocadamente e desconsiderando todos o procedimento legal previsto para utilização de crédito fiscal oriundo de aquisição de Ativo, no exercício de 2007, contribuinte invocando o Levantamento constante do AI supra referido, utilizou-se indevidamente de tal valor (R\$ 237.744,57) em 4 parcelas mensais. Assim, respectivamente em julho / 07, setembro / 07, outubro / 07 e novembro / 07 utilizou-se de crédito fiscal indevido de R\$61.720,39, R\$ 53.868,41, R\$ 61.077,89 e R\$ 61.077,88.

Parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte - Levantamento Fiscal - Apuração do ICMS - DESENVOLVE que contém em destaque, na coluna Entradas (Outros Créditos), os valores nesta infração autuados.

Alude constar do Levantamento Fiscal - Apuração do ICMS - DESENVOLVE, na coluna Entradas (CIAP) os valores correspondentes ao crédito de Ativo, corretamente calculados, conforme Levantamento Fiscal - Ativo - CIAP (acompanhado das respectivas NF) e Levantamento Fiscal - Ativo - CIAP II, também em anexo. Ainda em anexo a este Auto, xerox do Livro LREntradas e RAICMS n. 7 do contribuinte, onde constam tais lançamentos.

Argumenta que, contraditoriamente, o que parece ser uma defesa contra a infração 03 do AI examinado (vide folha 1624), realmente é uma confissão. Afirma que, ali ele afirma, conforme a presente autuação, que utilizou-se de todo o crédito, referente ao Ativo, nos meses de julho/07, setembro/07, outubro/07 e novembro / 07 e diz que deveria ser autuada pela utilização dos créditos antecipados nos exercícios posteriores aos abrangidos pela fiscalização (2008, 2009 e 2010), como se os tivesse utilizado da maneira correta, durante o período fiscalizado. Informa não concordar com o valor total da infração, de maneira genérica.

Relata que, em seguida, o autuado solicita perícia, para que seja levantado o crédito que deveria ser realmente utilizado pela aquisição de bens do Ativo Imobilizado. Sustenta o autuante que o impugnante parece ignorar que tal medida, para ser deferida pelo CONSEF, deve ser necessária / útil, conforme art. 147, II, a e b, do Dec. 7629 / 99 – RPAF. Além da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, ela é desnecessária, pois já consta do processo.

Consigna que todo o procedimento fiscalizatório foi feito de maneira extremamente criteriosa. Assim, vide no Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS (folha 67 deste processo) e no Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS – DESENVOLVE (folha 68 deste processo) que: a) nas colunas Entradas (CIAP) constam os valores correspondentes ao crédito de Ativo, corretamente calculados, conforme Levantamento Fiscal - Ativo - CIAP (folhas 268 a 277- acompanhado das respectivas NF – folhas 278 a 500) e Levantamento Fiscal - Ativo - CIAP II (folhas 266 e 267). Neste Levantamento, além do cálculo da proporcionalidade do crédito do Ativo, em relação às saídas isentas e não tributadas, foram abatidos os valores que o contribuinte, indevidamente lançou como crédito, nos CFOP 1551 e 2551, conforme consta do LRAICMS do contribuinte. Tudo isso com a finalidade se chegar ao valor de crédito correto do CIAP, que foram considerados para redução das infrações 01 e 02 autuadas); b) Todos os Livros Fiscais, Entradas, Saídas e Apuração do ICMS do contribuinte, referentes aos exercícios de 2006 e 2007 constam das folhas 599 a 1617 deste processo. Uma vez que o crédito do CIAP corretamente calculado fez parte (reduzindo) infrações anteriores, constata-se o acerto desta infração 03 em glosar a totalidade do crédito do CIAP, tomado indevidamente nestas 4 parcelas.

Conclui por manter a Infração 03, do Auto examinado, em todos os seus termos e valores.

Relata que a infração 04 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente ao estorno indevido de débito de diferença de alíquota, em razão de devolução de Ativo Permanente.

Explica que o contribuinte adquiriu bem do Ativo, de SP, através da NF 164081 (folha 445 deste processo), em abril / 06, com ICMS destacado de R\$14.392,28. Desde então e durante 13 meses, utilizou-se de crédito de ICMS, no valor de R\$ 299,84 mensais (1/48 de R\$ 14.392,28), totalizando R\$3.897,91, no período. Em maio / 07, emite NF Saída n. 10825 (vide folha 502), com valor de ICMS de R\$ 14.392,28, devolvendo o bem ao vendedor. Ainda em maio / 07, no seu LRAICMS n. 07, folha 2 (vide folha 542 deste processo), lança como outros créditos o valor de R\$ 14.932,28 (integral), para estornar o débito da NF de Devolução do Ativo. Utilizou-se ass... no valor de R\$ 3.897,91. Parte integrante deste Auto e entregue

Levantamento Fiscal - Utilização Indevida de Crédito Fiscal (folha 501 deste processo). Tudo devidamente comprovado (vide também folhas 271 e 276 deste processo).

Afiram que o contribuinte, na folha 1625 (infração 04) deste processo, informa que requer o cancelamento parcial desta infração, optando por uma negativa geral, e sem especificar qual o fato impeditivo, modificativo ou extintivo da infração autuada. Diante da total falta de provas embassadoras da defesa, mantém a infração 04 examinada em todos os seus termos e valores.

Pede, por fim, a procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência de 04 infrações, concernentes ao ICMS, relativas ao descumprimento de obrigação principal.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, na medida em que, inclusive, o impugnante não trouxe elementos que demonstrassem estarem incorretos os cálculos de apropriação dos créditos do ativo imobilizado, elaborados pela autuante, relativos à infração 03.

A exigência constante da infração 01 atribui ao sujeito passivo o recolhimento a menos em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, uma vez que utilizou-se do Benefício Fiscal Bahiaplast, (conforme Resolução número 11/99 - cópia folha 25 deste processo - a partir de 27/12/99, até 01/12/2005 e Resolução n. 05 / 2006, à fl. 36 dos autos), no exercício de 2006, incluindo, para efeito de cálculo de tal benefício, valores referentes à venda de produtos de sua fabricação, quer para o Estado, quer para fora do Estado, que não se encontravam contemplados pela Resolução 11/99, anteriormente citada, em consonância com a planilha à fl. 66 dos autos.

A partir de dezembro/06 e até dezembro/07, conforme Resolução número 163/2006 (cópia anexada), contribuinte passa a usufruir dos benefícios do DESENVOLVE, para a produção de baldes e bombonas. Assim, a autuante, para o aludido período, elabora um novo Levantamento Fiscal - Apuração do ICMS - DESENVOLVE, trazendo inclusive SALDO CREDOR apurado em novembro / 06, apurando os valores de ICMS a recolher, pois o autuado continuou a apurar o imposto nos moldes do Bahiaplast, fato, inclusive, não negado pelo mesmo, visto que argumenta possuir uma Liminar em Mandado de Segurança, exarada pelo 3^a Vara da Fazenda Pública desta Capital, em 22/06/2006, que obrigaría a Fazenda Estadual a mantê-la no BAHIAPLAST.

Verifico caber razão à autuante ao recalcular o imposto devido pelo autuado, com base no benefício, acima mencionado, Bahiaplast, no exercício de 2006, considerando apenas o benefício para baldes, conforme Resolução número 11/99 - cópia folha 25 deste processo - a partir de 27/12/99, até 01/12/2005 (conforme Resolução n. 05 / 2006, cópia folha 36 deste Auto), pois não consta as bombonas de tal resolução, não cabendo a extensão do benefício para outros produtos fabricados pelo autuado, não necessitando para tanto, utilizar, para efeito de interpretação do referido benefício, nem mesmo o abrigo do art. 111 do CTN, tal a evidência de que baldes não são bombonas, tanto é verdade que estas últimas foram incluída pelo autuado ao migrar para o Desenvolve, na nova Resolução n. 163 / 06, datada de 21/12/2006.

Assim, no exercício de 2006, às vendas de bombonas e de outros produtos que não sejam baldes plásticos, não podem ser considerados para efeito de fruição do benefício do Bahiaplast, devendo, como efetivamente fez a autuante, serem excluídos do aludido benefício, nos termos da Resolução 11/99.

Quanto ao período de dezembro/06 e até dezembro 07, ficou demo
número 163/2006 (cópia anexada), que o contribuinte passa a

DESENVOLVE, para a produção de baldes e bombonas, apesar de continuar a apurar o imposto nos moldes do Bahiaplast. Está correta a autuante quando argumenta que o impugnante não traz aos autos qualquer elemento que demonstre ter havido vícios de vontade que o incapacitassem para a migração pretendida, ou seja, do Bahiaplast para o Desenvolve, conforme já alinhado, observando que ao efetuar tal migração tratou de incluir, na nova Resolução n. 163 / 06, datada de 21/12/2006, entre os produtos de sua produção, as bombonas, que não constavam do Benefício Fiscal Bahiaplast.

O impugnante alega que possuía uma Liminar em Mandado de Segurança, exarada pelo 3^a Vara da Fazenda Pública desta Capital, em 22/06/2006, que obrigaria a Fazenda Estadual a mantê-la no BAHIAPLAST.

O aludido documento, à fl. 1641, consta de seu despacho que “...*deste modo, defiro a LIMINAR perseguida para determinar que as apontadas autoridades coatora se abstêm de adotar providências no sentido de retirar qualquer benefício ou incentivo fiscal da impetrante, em decorrência da utilização e compensação dos créditos fiscais de ICMS adquiridos da TRANSBRASIL S A – LINHAS AÉREAS ...*” . Verifico que, no aludido documento, em momento algum está consignado ou mesmo se pode depreender, através da Legislação mencionada na Resolução examinada, conforme as mesmas palavras da autuante, que o autuado e as demais empresas estariam sendo retiradas do Benefício Fiscal por utilização de crédito fiscal oriundo da TRANSBRASIL. Concluo, por conseguinte, não haver no aludido despacho o amparo pretendido pelo autuado, visto que a perda do benefício da Bahiaplast não está condicionado ou não decorreu dos aludidos créditos, acima mencionados.

Diante do exposto, considero correta a exigência do imposto, tendo em vista a exclusão de produtos não contemplados pelo benefício do Bahiaplast, relativo ao exercício de 2006 e entre o período de dezembro / 06 e até dezembro 07, o cálculo com base no benefício do Desenvolve.

Fica, por conseguinte, mantida a infração 01

A infração 2 traz a imputação de que o sujeito passivo: “*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 razão à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve.*”

No que concerne aos argumentos relativos à Liminar apresentada pelo autuado, cabe aqui a reprodução dos argumentos já alinhados na infração 01.

Quanto ao argumento de que “não sendo aceito o BAHIAPLAST a empresa ainda faria jus ao incentivo fiscal do DESENVOLVE, não procede, conforme será melhor alinhado, além do mais o autuado nada recolheu, conforme visto através do extrato da arrecadação da empresa, exercícios de 2006, 2007 e 2008, às folhas 11, 12 e 13 dos autos, referente à ICMS devido por estabelecimento com atividade industrial, Código de Receita 0806, referente ao período de dezembro / 2006 a dezembro / 2007.

A falta do recolhimento, no prazo, dos valores apurados na infração 01 resultou na exigência relativa à infração 02, segundo se verifica na planilha à fl. 66 dos autos, ou seja, o a infração exige o ICMS no valor de R\$275.287,11, relativo a recolhimento a menos da parcela não incentivada e exige o valor de R\$2.565.673,87, relativos à perda do direito da parcela incentivada. Conforme art. 18 do Dec. 8205 / 02 a empresa habilitada ao DESENVOLVE, que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar a parcela do ICMS não sujeita a dilação de prazo, - conforme ficou acima demonstrado ocorrido com o autuado-, perderá o direito ao benefício, em relação à parcela incentivada naquele mês.

Quanto à irregularidade no recolhimento do imposto, portanto, : comprovação de que a autuante expresse opinião diversa. No qu

haver intenção de cometer infração, cabe alinhar o art. 40, §2º da Lei 7014/96, conforme segue:

“Art. 40. Constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo, especialmente das previstas no art. 42 desta Lei.

...

§ 2º A responsabilidade por infração relativa ao ICMS independe da intenção do agente ou beneficiário, bem como da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

A arguição de que houve cancelamento de Benefício Fiscal, não encontra amparo fático. A suspensão do benefício consta do art. 18, o cancelamento no art. 19, ambos do Decreto 8205/02.

Cabe a reprodução da decisão prolatada pela 2ª CJF, através do Acórdão CJF nº 0027-12/09, no qual consta o Dr. Tolstoi Seara Nolasco como Presidente/Relator, para aclarar melhor a matéria em questão, *in verbis*:

“Conforme já tive oportunidade de me manifestar em outros votos proferidos nesta Câmara sobre a mesma matéria, cabe de início, algumas considerações em torno do tema. O DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980/2001, é em verdade um mero incentivo diferidor do momento do recolhimento do tributo, não havendo na sua regulamentação legal e infralegal a definição de qualquer dos elementos constitutivos do fato gerador do ICMS, em especial a base de cálculo do tributo.

O Poder Executivo Estadual, dentro dos limites estabelecidos para a sua atividade, editou o Decreto nº 8.205/02, no sentido de explicitar a lei instituidora, incluindo a situação de suspensão do benefício. Neste ponto, estabeleceu o Decreto Estadual, em seu art. 18, inserido no Capítulo dos Deveres e Sanções, uma espécie de “suspensão” do benefício na hipótese de não recolhimento do tributo não incentivado pela empresa devidamente habilitada. Teria, nesta situação, o Decreto Regulamentar extrapolado de seu caráter explicitador da norma legal, inovando acerca de situação não prevista em lei específica?

No nosso entender não houve o vício apontado na peça recursal, isso porque não se verificou a inovação no texto legal. A finalidadeposta na norma regulamentar é no sentido de possibilitar o saneamento do vício que levaria ao cancelamento do incentivo, no exato momento do não preenchimento do requisito imprescindível para a habilitação no regime, qual seja, o pagamento do imposto estadual não alcançado pela dilação de prazo. A “suspensão” trata de situação jurídica preparatória da exclusão do regime, que por liberalidade do Estado concessionário do benefício, possibilita ao beneficiário a não efetivação automática do cancelamento da benesse fiscal condicionada.

Conforme se deduz da leitura dos dispositivos insertos na Lei instituidora do incentivo fiscal do DESENVOLVE, a inadimplência é um dos motivos para o cancelamento do ato administrativo de concessão da benesse, sendo válido ao Poder Executivo, antes de aplicar a pena de exclusão, exigir o tributo, incentivado e não incentivado, pelo não atendimento pelos contribuintes das condições fixadas na norma legal instituidora.

Nesse sentido, prescreveu o art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE (Decreto nº 8.205/02), que determina a não aplicação do benefício em relação ao(s) mês(es) em que não houve recolhimento da parcela não incentivada ou se verificou o recolhimento intempestivo:

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 voltar

regularização total das obrigações de que trata o caput deste artigo.

Não há qualquer óbice na aplicação do dispositivo no caso concreto, visto que a exigência tributária é limitada ou circunscrita ao período em que o imposto deixou de ser recolhido ou na hipótese de pagamento fora do prazo regulamentar. Em se tratando de benefício condicionado, e vale ressaltar, condicionado, entre outras exigências, ao pagamento das parcelas do imposto não sujeitas à dilação prazal, o não atendimento pelo beneficiário da condição legal resulta na impossibilidade de gozo do benefício. Como o ICMS é imposto de apuração mensal, nos períodos de apuração em que a condição legal não foi atendida não há benefício. Nos períodos mensais em que houver o adimplemento da condição fixada na lei, há gozo do benefício. Portanto, não há extrapolação do Decreto às disposições legais, pois a suspensão do benefício não é uma penalidade, mas tão-somente uma decorrência natural do incentivo fiscal condicionado, explicitado na norma regulamentar, visto que a Lei nº 7.980/01 (art. 4º, § 2º), exige para a obtenção da benesse a condição de adimplência do incentivado com o tesouro estadual.

No tocante à argüição de incompetência da autoridade fiscal para a exigência tributária em testilha, por entender o recorrente que deveria a autuação ser precedida, para a sua validade, de ato do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE, também entendemos descabida. Pelas razões já expostas acima não houve no caso em exame a cassação do benefício, este sim, ato de competência daquele Conselho, conforme explicitado nas Resoluções nº 01/2002 e nº 02/2007. Houve apenas a não aplicação das normas do incentivo no período em que o contribuinte não cumpriu as exigências fixadas na lei do DESENVOLVE, correspondente ao pagamento do ICMS não sujeito à dilação de prazo. Suspensão ou não aplicação do benefício não implica em cassação. O contribuinte foi mantido no DESENVOLVE, todavia, sem direito ao benefício, exclusivamente no período mensal em que não cumpriu com suas obrigações tributárias. Neste caso, temos uma relação sinalagmática ou bilateral, por se tratar de um incentivo fiscal condicionado.

Sob outros primas, a argüição recursal também não pode ser acolhida, pois a competência para fiscalizar e lançar os tributos estaduais é da Secretaria da Fazenda, através de seus auditores fiscais, não podendo o ato administrativo de lançamento, previsto no art. 142 do CTN, depender da autorização de outra esfera de competência, até porque o crédito tributário é submetido ao prazo quinquenal de decadência, nos termos do art. 150, § 4º e art. 173, da Lei Complementar Tributária Geral (CTN)."

Em consonância com o aludido voto, verifico que, no presente caso, não há razão para a nulidade do Auto de Infração, vez que não houve a cassação do benefício, este sim, ato de competência do aludido Conselho Deliberativo, determinado nas Resoluções nº 01/2002 e nº 02/2007. A ação fiscal do autuante restringiu-se a não aplicação das normas do incentivo fiscal no período em que o contribuinte não cumpriu as exigências fixadas na lei do benefício em análise (DESENVOLVE), exercendo o autuante, por conseguinte, a competência que lhe cabe para o ato administrativo de lançamento, previsto no art. 142 do CTN, sem que, para tanto, dependa da autorização de outra esfera de competência.

Fica mantida integralmente a infração 02.

Quanto à infração 03, se refere à utilização de crédito fiscal do ICMS concernente a entrada de bem do Ativo Imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela Legislação.

Cabe a informação, preliminar, conforme alinha a autuante que "o procedimento de Levantar o CIAP do contribuinte (exercícios de 2004, 2005, até maio / 2006), já constou de AI anterior - n. 108595.0004 / 06 - 0 - cópia anexada juntamente com os respectivos documentos, a TÍTULO ILUSTRATIVO, revelou um valor de R\$ 237.

ou não pelo contribuinte, atendida a proporcionalidade entre saídas tributadas e não tributadas, e ainda na base de 1/48, A PARTIR DAQUELA DATA - MAIO / 06 (e pelos próximos 47 meses), uma vez atendidas as condições que viabilizassem o crédito (como a não devolução / desincorporação de um bem, por exemplo) – vide folha 22 a 27 deste processo. ”

Ficou evidenciado que o autuado, desconsiderando procedimento previsto na legislação tributária estadual, apontada pelo atuante, para a utilização de tais créditos no exercício de 2007, invocando o Levantamento constante do AI supra referido, utilizou-se indevidamente de tal valor (R\$ 237.744,57) em 4 parcelas mensais, ou seja, respectivamente em julho / 07, setembro / 07, outubro / 07 e novembro / 07, utilizou-se de crédito fiscal indevido de R\$61.720,39, R\$53.868,41, R\$61.077,89 e R\$61.077,88, conforme demonstra o Levantamento Fiscal - Apuração do ICMS - DESENVOLVE, segunda planinha, à fls. 66 dos autos, que contém em destaque, na coluna Entradas (Outros Créditos), os valores nesta infração autuados.

Consta como demonstração da infração, conforme dito, o Levantamento Fiscal - Apuração do ICMS - DESENVOLVE, na coluna Entradas (CIAP) os valores correspondentes ao crédito de Ativo, corretamente calculados, conforme Levantamento Fiscal - Ativo - CIAP (acompanhado das respectivas NF) e Levantamento Fiscal - Ativo - CIAP II, também em anexo. Ainda em anexo a este Auto, xerox do Livro LREntradas e RAICMS n. 7 do contribuinte, onde constam tais lançamentos.

O impugnante em sua defesa, à fl. 1624, ratifica o que os levantamentos demonstraram, ou seja, em suas palavras “que utilizou-se de todo o crédito, referente ao Ativo, nos meses de julho/07, setembro/07, outubro/07 e novembro / 07” apesar de argumentar que deveria ser autuada pela utilização dos créditos antecipados nos exercícios posteriores aos abrangidos pela fiscalização (2008, 2009 e 2010).

Cabe reproduzir as informações prestadas pela autuante que identificam os levantamentos para que se possa verifica, como foi verificado, a sua correção: “*Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS (folha 67 deste processo) e no Levantamento Fiscal – Apuração do ICMS – DESENVOLVE (folha 68 deste processo) que: a) nas colunas Entradas (CIAP) constam os valores correspondentes ao crédito de Ativo, corretamente calculados, conforme Levantamento Fiscal - Ativo – CIAP (folhas 268 a 277- acompanhado das respectivas NF – folhas 278 a 500) e Levantamento Fiscal - Ativo - CIAP II (folhas 266 e 267. Neste Levantamento, além do cálculo da proporcionalidade do crédito do Ativo, em relação às saídas isentas e não tributadas, foram abatidos os valores que o contribuinte, indevidamente lançou como crédito, nos CFOP 1551 e 2551, conforme consta do LRAICMS do contribuinte. Tudo isso com a finalidade se chegar ao valor de crédito correto do CIAP , que foram considerados para redução das infrações 01 e 02 autuadas); b) Todos os Livros Fiscais, Entradas, Saídas e Apuração do ICMS do contribuinte, referentes aos exercícios de 2006 e 2007 constam das folhas 599 a 1617 deste processo. Uma vez que o crédito do CIAP corretamente calculado fez parte (reduzindo) infrações anteriores, constata-se o acerto desta infração 03 em glosar a totalidade do crédito do CIAP, tomado indevidamente nestas 4 parcelas.”*

Ficou demonstrado que os créditos relativos à aquisição de Ativo Imobilizado foram aproveitados sem obediência a legislação tributária estadual, ou seja, 1/48, bem como os critérios de proporcionalidade. Créditos já aproveitados para reduzir o valor reclamado na infração 01. Mantida, assim, a infração de número 03.

A infração 04 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente ao estorno indevido de débito de diferença de alíquota, em razão de devolução de Ativo Permanente.

Conforma consta da informação fiscal, o autuado adquiriu bem de nº 164081 (folha 445 deste processo), em abril / 06, com ICMS destacado

e durante 13 meses, utilizou-se de crédito de ICMS, no valor de R\$299,84 mensais (1/48 de R\$14.392,28), totalizando R\$3.897,91, no período. Em maio / 07, emite NF Saída n. 10825 (vide folha 502), com valor de ICMS de R\$14.392,28, devolvendo o bem ao vendedor. Ainda em maio / 07, no seu LRAICMS n. 07, folha 2 (vide folha 542 deste processo), lança como outros créditos o valor de R\$14.932,28 (integral), para estornar o débito da NF de Devolução do Ativo. Utilizou-se assim, de crédito fiscal indevido no valor de R\$3.897,91. Parte integrante deste Auto e entregue em cópia ao contribuinte - Levantamento Fiscal - Utilização Indevida de Crédito Fiscal (folha 501 deste processo). Tudo devidamente comprovado (vide também folhas 271 e 276 deste processo).

Cabe razão a autuante quando afirma que o contribuinte, à fl. 1625 dos autos, requer o cancelamento parcial desta infração, sem que trouxesse qualquer elemento probatório que sustentasse a genérica argüição, cabendo consignar o que dispõe o art. 143 do RPAF/99. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 207090.0003/10-5, lavrado contra **BOMIX INDÚSTRIA DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.082.603,46** acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos II “a”, “f” e VII “a” da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de agosto de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR