

PROCESSO - A. I. Nº 232900.0009/09-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDOS - PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0122-05/11
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 28/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0392-11/11

EMENTA: ICMS. BENEFÍCIOS FISCAIS. DESENVOLVE. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de inclusão de valores não alcançados pelo benefício fiscal. Parcela não sujeita à dilação do prazo. Diligência da ASTEC retifica o lançamento e reduz o valor exigível. Infração subsistente em parte. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos contra a Decisão 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0122-05/11), que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, que acusa o sujeito passivo do cometimento do seguinte ilícito tributário:

1. Recolheu a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE. Deixou de apurar os valores relativos às operações próprias, não excluindo os CFOP que não se referem às mesmas, conforme preceitua o regulamento do DESENVOLVE. Também utilizou os créditos oriundos do PROCOMEX para deduzir da parcela do ICMS a recolher após a aplicação do incentivo DESENVOLVE, quando o mesmo deveria ser considerado como Outros Créditos, somando-se à parcela do crédito apurado na apuração normal. Valor Histórico: R\$729.182,23 – Multa de 60%;

A Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal embasou-se nos seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Observo que o devido processo legal foi estritamente seguido pelo autuante, na ação fiscal e na lavratura do presente Auto de Infração que obedeceu aos ditames do art. 39 do RPAF/99, seguido das devidas intimações e a participação de todos os atos processuais, para o contribuinte, com o fito de resguardar-se a ampla defesa. Ademais, os demonstrativos que compõem o Auto de Infração, como parte integrante, foram entregues ao sujeito passivo, no momento da ciência do Auto de Infração, e denotam clareza e precisão nos cálculos, perfeitamente compreensíveis para as partes interessadas na lide. Isto posto, não acolho as preliminares de nulidade trazidas na defesa e passo ao exame do mérito da autuação.

No mérito, a empresa que tem como objeto a fabricação de toda a linha de cadeados e fechaduras para móveis, guarnições e ferragens para construções, dentre outros, foi autuada sob a acusação de ter recolhido a menos o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo previsto pelo Programa DESENVOLVE. Consta que o contribuinte deixou de apurar os valores relativos às operações próprias, não excluindo os CFOP que não se referem às mesmas, conforme preceitua o regulamento do Desenvolve. Também utilizou os créditos oriundos do PROCOMEX para deduzir da parcela do ICMS a recolher após a aplicação do incentivo DESENVOLVE, quando o mesmo deveria ser considerado como Outros Créditos, somando-se à parcela do crédito apurado na apuração normal.

Conforme consta nos autos, a empresa é participante do PROCOMEX e do Desenvolve, com benefícios fiscais concedidos pelo Estado da Bahia, dos quais é beneficiária. Também adota o procedimento previsto em Regime

Especial e ratificado em resposta à Consulta que era empregado para a fruição dos benefícios. Assim, habilitada ao programa DESENVOLVE através da Resolução nº 71/2005, alterada pelas Resoluções nº 165/2005 e nº 86/2006, bem como ao PROCOMEX, Programa de Incentivo ao Comércio Exterior através da Resolução nº 02/1999, alterada pelas Resoluções nº 165/2005 e nº 86/2006.

Ocorre que a modalidade do benefício fiscal instituído pelo PROCOMEX foi alterada de “financiamento” para “crédito fiscal” através do art. 4º da Lei nº 9.430/05, o que permitiu aos contribuintes habilitados a este Programa até 12/12/2001, efetuarem o lançamento de crédito fiscal em valor equivalente, observados os limites e condições estabelecidos em decreto regulamentar, em substituição ao incentivo previsto na Lei nº 7.024/97.

A Resolução nº 97/2005, emitida pelo Conselho Deliberativo do Fundese homologou a opção pela utilização do crédito fiscal pelas empresas beneficiárias do PROCOMEX, indicando-as em seu Anexo Único, onde se encontra também listada a PAPAIZ NORDESTE.

A Resolução nº 144/2007 recomendou ao Poder Executivo Estadual o encaminhamento de alteração da legislação definindo prazo final para a liberação e o pagamento de parcelas referentes ao PROCOMEX, prevendo em seu art.2º a liberação dos créditos fiscais acumulados dentro de um prazo de 7 a 10 anos a contar de 31/07/2007.

Portanto, a questão de que se a empresa autuada teria direito à utilização de créditos fiscais como beneficiária do PROCOMEX, não está sob suspeita, tanto que em janeiro de 2008, formulou consulta à SEFAZ, requerendo autorização para a utilização dos créditos fiscais acumulados no PROCOMEX para o pagamento de parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo prevista no Desenvolve, e obteve a resposta de que os créditos devem ser cotejados com os débitos fiscais do contribuinte antes do cálculo da parcela do imposto a ser incentivada., e que o procedimento prescinde de autorização.

O Regime Especial (RE) aprovado pelo Parecer nº 5226/2005 (doc. anexo) determinava os procedimentos relativos à utilização e transferência de créditos fiscais por estabelecimento de contribuinte beneficiário do PROCOMEX, em substituição ao incentivo previsto na Lei nº 7.024/97 que instituiu o referido programa.

Diante destes fatos, é que o autuado nega que tenha cometido qualquer infração, pois alega que sempre agiu amparado em determinações da própria Secretaria da Fazenda representada pela sua Diretoria de Tributação, o que se comprovaria ao confrontar as cópias do livro Registro de Apuração que traz em sua defesa, com o procedimento previsto no RE e na Consulta.

Aponta, assim, diversos equívocos que teriam sido cometidos pelo autuante, ao apurar o crédito tributário ora exigido, tais como a inobservância, pela fiscalização, do procedimento previsto no RE aprovado pelo Parecer nº 5226/2005, e exclusão do CFOP 6109 de remessa para industrialização, uma vez que a fiscalização não considerou a remessa para industrialização de sucata e ainda considerou, de forma equivocada, o estorno de débito e as devoluções de compras de material de consumo, uma vez que já estavam incluídos na apuração normal, o que se constata analisando a escrituração, não sendo possível ser considerado como débito para que não seja considerado em duplicidade causando distorções, o que teriam determinados as divergências encontradas.

Aduz ainda, o contribuinte, que no mês de agosto, além dos equívocos já descritos, a empresa não utilizou o benefício do diferimento para o pagamento do diferencial de alíquota decorrente do Desenvolve, conforme demonstrado na planilha demonstrativa do diferencial de alíquotas do mês de agosto de 2006 que acompanha a defesa.

Ao analisar as razões defensivas, o autuante mantém o lançamento, com exceção do CFOP 6109 referente ao mês de maio/2005, conforme a informação fiscal fl. 445, e, em face do princípio da verdade material e da ampla defesa, a 5ª JF deliberou que o presente PAF fosse convertido em diligência a estranho ao feito, para as devidas verificações no conta corrente da empresa, bem como que se efetuassem injunções junto à DITRI, e que “O trabalho de revisão deverá tomar por base a última intervenção da autuante no processo, na informação prestada), às fls. 444 a 447, e a revisão dos cálculos do mês de maio/2005, contida no demonstrativo de fl. 448.”

O diligente da ASTEC concluiu que, os demonstrativos, as planilhas e os documentos acostados são dados suficientes para elaboração do trabalho, e intimou o autuado a apresentar Demonstrativo de Apuração Mensal do ICMS incentivado pelo programa DESENVOLVE, relativo ao exercício de 2008, assim, destacou que quanto aos aspectos do Parecer DITRI nº 6623/08 – créditos fiscais decorrentes do programa PROCOMEX – que foram relacionados na apuração da base de cálculo do ICMS: “.... os contribuintes habilitados aos programas PROCOMEX, ficam autorizados a lançar em sua escrita fiscal, em substituição ao incentivo, crédito fiscal de ICMS...”, descreve também o parecer que “....para aproveitamento dos créditos fiscais do PROCOMEX, o contribuinte deverá, com base nas informações do DESENBHIA, escriturar no livro Registro de Apuração do ICMS de uso regular os valores a que faz jus para sua utilização no regime normal de apuração, procedendo ao crédito do item “outros Créditos” e ressaltou ainda que “.... os créditos fiscais decorrentes do PROCOMEX,

deverão ser utilizados no saldo na apuração do ICMS, obrigatoriamente, antes da apuração da parcela dilatada pelo programa DESENVOLVE, se houver saldo devedor.”

Cotejou o diligente, através do parecer da DITRI, os procedimentos de apuração do imposto através de xerox do livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 192 a 243, referentes aos exercícios de 2005/2006, e, observou que o contribuinte estava cumprindo a orientação do parecer, exceto quanto à apuração da parcela dilatada pelo programa DESENVOLVE, no qual foi calculada antes da apropriação dos créditos fiscais decorrentes do PROCOMEX, sendo que o correto seria depois desses créditos na forma do destaque do parecer citado.

Disse que na apuração desse saldo devedor antes da compensação fiscal dos créditos decorrentes do PROCOMEX, o autuado está postergando um saldo devedor do ICMS a maior, apurando, assim, ICMS não incentivado menor, consequentemente, um pagamento do imposto a menos, pois essa apuração do saldo devedor diminuiu a base de cálculo do ICMS não incentivado a maior, sendo um imposto a maior. Tal erro é corrigido na planilha 1 (fls. 447 a 499), onde é realizada a reconstituição da conta-corrente fiscal do contribuinte que fora solicitada pelo relator julgador daquela época e onde foram verificados se a apuração dos ICMS's normal e do beneficiado pelo programa DESENVOLVE estão de acordo com a orientação emanada da DITRI e a legislação pertinente ao programa.

Em relação à apuração da base de cálculo do ICMS incentivado pelo programa DESENVOLVE, foram observadas na reconstituição, planilha 1, na qual destacou uma análise dos demonstrativos de apuração de ICMS incentivado (18 a 27) elaborados pela autuante e que é parte integrante dos autos, anexo 1, alguns erros na sua construção, conforme segue:

Mês de março de 2005: Fiscal autuante considera na sua conta corrente (fl.7) o valor de R\$647,58 para a linha "Total do Credito" da coluna "Não Industrial", onde o correto é o valor de R\$598,93. O erro decorre da duplicidade dos valores R\$3,97 e R\$44,68 na composição do valor Total do Credito

Mês de julho de 2005: Fiscal autuante considera no seu conta corrente (fl.11) o valor de R\$5.629,57 para a linha "Apuração do Saldo" da coluna "Não Industrial", onde o correto é o valor de R\$1.409,71 decorrente da diferença entre R\$7.039,28 (Debito) e R\$5.629,57 (Credito). O erro decorre em função do autuado não ter efetuado essa operação e ter utilizado indevidamente o valor de R\$5.629,57 como o valor da Apuração do Saldo.

Mês de janeiro de 2006: Fiscal autuante considera no seu conta corrente (fl.17) o valor de R\$879,51 para a linha "Apuração do Saldo" da coluna "Não Industrial", onde o correto é o valor de R\$6.542,21 decorrente da diferença entre R\$7.421,72 (Debito) e R\$879,51 (Credito).. O erro decorre em função do autuado não ter efetuado essa operação e ter utilizado indevidamente o valor de R\$879,51 como o valor da Apuração do Saldo.

Mês de fevereiro de 2006: Fiscal autuante considera no seu conta corrente (fl.18) o valor de R\$5.896,44 para a linha "Apuração do Saldo" da coluna "Não Industrial", onde o correto é o valor de R\$6.991,58 decorrente da diferença entre R\$12.888,02 (Debito) e R\$5.896,44 (Credito). O erro decorre em função do autuado não ter efetuado essa operação e ter utilizado indevidamente o valor de R\$5.898,44 como o valor da Apuração do Saldo.

Observou ainda outro erro na construção dos demonstrativos em relação aos meses de julho a dezembro de 2005 e janeiro, março a agosto, outubro e dezembro de 2006, pois nesse erro há ocorrência de utilização de créditos incentivados pelo PROCOMEX (Parecer DITRI/GECOT nº 5226/2005), no entanto o parecer é claro, fl. 167, quanto ao procedimento que o autuado deve seguir para usufruir do incentivo:

Clausula quarta - Os créditos fiscais deverão ser escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS no quadro “Credito do Imposto – Outros créditos”[...]

Cláusula quinta – O valor do credito a ser absorvido será debitado no quadro “Debito do Imposto – Outros Débitos” acompanhado da observação “Conforme Regime Especial – Parecer DITRI/GECOT nº5226/2005”, e, posteriormente, lançado na pagina dos lançamentos normais do Livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Deduções” acompanhado da seguinte observação: “Conforme Regime Especial – Parecer DITRI/GECOT nº5226/2005”

Na verificação das folhas xerocopiadas (livro Registro de Apuração do ICMS), o diligente denotou que o autuado efetuou os registros dos créditos oriundos do PROCOMEX seguindo a orientação do parecer (5226/2005), pois o lançamento efetuado pela autuante dos valores dos créditos do PROCOMEX no demonstrativo incentivado deveria ser em três momentos: “um valor no crédito, outro valor no débito e um outro valor como dedução após o valor do saldo devedor apurado”, sendo que a fiscal só lançou um valor no crédito e outro no débito, de forma conjunta, na linha “POR SAÍDA/PRESTAÇÃO COM DÉBITO NO IMPOSTO”. Assim, a autuante eliminou a repercussão do benefício do PROCOMEX para o autuado, pois foi a partir daí os valores discrepantes encontrados na fiscalização entre o ICMS NORMAL TOTAL e o ICMS NORMAL RECOLHIDO nos meses de ocorrência de créditos incentivados, já que o autuado precedia de dedução do crédito PROCOMEX do saldo devedor do ICMS apurado no mês. Por fim, é correto o procedimento dos lançamentos no livro Registro de Apuração do ICMS dos créditos incentivados pelo PROCOMEX no

período da autuação, no entanto, o contribuinte cometeu erro na apuração do saldo devedor do ICMS para efeito de cálculo da parcela dilatada pelo programa DESENVOLVE, pois o Parecer DITRI/GECOT nº 6623/2008, fls. 280, esclarece:

[...] no regime normal de apuração do ICMS, tanto os créditos fiscais decorrentes do PROCOMEX, como os escriturados no LRA Especial, deverão ser utilizados na apuração do saldo do ICMS, obrigatoriamente, antes da apuração da parcela dilatada pelo Programa DESENVOLVE, se houver saldo devedor. (Grifo nosso).

Cometeram erros tanto o contribuinte como o autuado no livro de Apuração do ICMS (fls. 192 a 242) e na elaboração do demonstrativo de Apuração do ICMS incentivado (fls. 5 a 27) para apurar a parcela dilatada pelo programa DESENVOLVE antes da dedução dos créditos fiscais utilizados pelo programa PROCOMEX, que foram corrigidos na planilha 1 da reconstituição da conta-corrente fiscal, solicitado pelo relator.

O fiscal destacou que para o cálculo do saldo devedor do ICMS, o contribuinte deverá efetuar ajustes sobre o saldo do ICMS encontrado no final de cada período de apuração, expurgando os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes no projeto aprovado pelo conselho deliberativo do programa, pois os CFOPs não se relacionam com operações vinculadas ao investimento incentivado, no entanto, os argumentos defensivos não agregam valor na contraposição quanto às exclusões das referidas operações na apuração do saldo incentivado pelo programa DESENVOLVE, exceto quanto ao CFOP 6109 referente ao mês de maio/2005, já atacado pela autuante na informação fiscal fl. 445.

No aspecto do cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS passivo de incentivo pelo Programa DESENVOLVE, observou que o autuado tem quatro Resoluções emitidas pelo Conselho Deliberativo do DESENVOLVE: Resolução nº 56 de 07/10/2004 (fl.169), Resolução nº 71 de 23/03/2005 (fl.170), Resolução nº 165 de 06/09/2005 (fl.171) e Resolução nº 86/06 de 18/10/2006 (fl.172), e, na leitura do correio eletrônico (fl.475-476) expedido por Frederico Gunnar Durr, Gestor do Programa DESENVOLVE, recomendou a observância das Resoluções nº 56 e 86 no que se refere ao direito do contribuinte utilizar os incentivos, pois a Resolução nº 56 de 07/10/2004 habilitou o autuado ao programa citado, estipulando a postergação de 40% do Saldo Devedor do ICMS gerado dos investimentos previstos no projeto incentivado, como também na Resolução nº 86 mantém as prerrogativas da Resolução nº 56 até a data originalmente definida, e amplia o benefício ao Programa Desenvolve, estipulando a postergação de 90% do saldo devedor do ICMS gerado dos investimentos previstos no projeto incentivado, obedecendo a um piso mínimo de pagamento do imposto, resumindo o seguinte:

a.entre outubro de 2004 e outubro de 2006 o incentivo da classe IV sobre todo o saldo devedor apurado em cada período mensal;

b.a partir 01/11/2006, até o final do prazo de fruição da Resolução 54/2004 (set/08), a empresa poderá utilizar os dois incentivos, ou seja, até o piso mínimo aplica o incentivo da Resolução 54/2004 e acima do piso mínimo o incentivo da Resolução 86/2006;

c.após o prazo final de fruição da Resolução 54/2004, o incentivo incide somente sobre o imposto apurado acima do piso mínimo fixado pela Resolução 86/2006, calculado com base na Classe I.

Assim, toda a Planilha 1 de reconstituição da conta corrente fiscal foi desenvolvida observando tais destaques, ou seja, de jan/2005 a out/2006 utilizando o incentivo da Classe IV, isto é, 40% de postergação do saldo devedor apurado em cada período mensal. No mês de dez/2006 foi utilizado o incentivo da Classe IV, conforme a Resolução nº 54/04 e o incentivo da Classe I, conforme a Resolução nº 86/06, isto é, 90% de postergação do saldo devedor apurado após a aplicação do incentivo na forma da Resolução nº 54/04, observando o piso mínimo de incentivo de R\$276.681,44.

Destacou que “na elaboração da Planilha 1 de Reconstituição da Conta Corrente Fiscal (fls.477-499) dois aspectos: primeiro não foi elaborado planilha para o mês de nov/2006, já que não fora objeto de autuação pelo a Fiscal Autuante, e, segundo, o Contribuinte Autuado não alterou o procedimento de cálculo da parcela do saldo devedor do ICMS passivo de incentivo pelo Programa DESENVOLVE a partir de outubro de 2006 no que estabelece a Resolução nº 86/06, manteve o procedimento anterior da Resolução nº 54/04. A partir de outubro, a nosso vê, o Contribuinte Autuado deve usufruir o Incentivo DESENVOLVE utilizando as duas Resoluções até o final do prazo de fruição da Resolução nº 54/2004, quando o incentivo dar-se-á apenas sobre o imposto apurado acima do piso mínimo fixado pela Resolução nº 86/06, calculado com base na Classe I, ou seja, 90%”.

Arguiu que o cálculo do mês de dez/2006, (fl.499), observou as duas Resoluções e verificou que o autuado usufrui apenas do benefício estipulado pela Resolução nº 54/04, já que não atinge o piso (R\$276.681,44) mínimo de saldo do imposto para usufruir do benefício da Resolução nº 86/06.

Finaliza a diligência, com a reconstituição da conta corrente fiscal do autuado, através da Planilha 1 (fls.477-499), e concluiu que o valor da Infração em tela deve ser alterado de R\$729.182,23 para R\$342.121,05, conforme demonstrativo de débito a seguir, no que concordo:

<i>Data Ocorr</i>	<i>Data Vencido</i>	<i>Valor Histórico</i>
31/01/05	09/02/05	1.643,59
28/02/05	09/03/05	3.386,80
31/03/05	09/04/05	2.880,88
30/04/05	09/05/05	4.201,46
31/05/05	09/06/05	4.332,77
30/06/05	09/07/05	3.147,50
31/07/05	09/08/05	54.270,29
31/08/05	09/09/05	30.275,88
30/09/05	09/10/05	30.918,07
31/10/05	09/11/05	22.534,82
30/11/05	09/12/05	35.360,62
31/12/05	09/01/06	10.175,36
31/01/06	09/02/06	6.047,52
28/02/06	09/03/06	2.796,63
31/03/06	09/04/06	12.914,68
30/04/06	09/05/06	3.824,82
31/05/06	09/06/06	4.329,99
30/06/06	09/07/06	13.035,62
31/07/06	09/08/06	18.013,45
31/08/06	09/09/06	47.461,57
30/09/06	09/10/06	1.153,26
31/10/06	09/11/06	19.295,90
31/12/06	09/01/07	10.119,57
Total do Débito da Infração 1		342.121,05

Por imposição do art. 169, I, "a", do RPAF, a JJF recorreu de ofício a esta Câmara de Julgamento Fiscal.

O contribuinte, de seu turno, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 544/553, suscitando preliminar de nulidade da autuação por inobservância do devido processo legal, ao argumento de que foi desconsiderado o Regime Especial e a consulta formulada pelo sujeito passivo à Diretoria de Tributação, que consistem em normas individuais e concretas a serem observadas pelo Fisco. Salienta que o contribuinte não pode ser punido por ter cumprido o Regime Especial concedido pelo Fisco baiano, o que revela a precariedade da acusação fiscal.

No mérito, alega:

- I. Exercício de 2005: **a)** neste exercício, existem diferenças encontradas nos meses de maio e junho que decorreram da exclusão do CFOP 6109 (remessa para industrialização), uma vez que a fiscalização não considerou a remessa para industrialização de sucatas; **b)** nos meses de julho a dezembro, as diferenças apuradas decorrem da inobservância, pela fiscalização, do procedimento previsto no Regime Especial aprovado pelo Parecer n° 5226/2005; e **c)** no mês de julho, houve um pagamento a maior do ICMS que foi compensado no mês de agosto de 2009, o que se pode comprovar pelos documentos já acostados aos autos.
- II. Exercício de 2006: **a)** as diferenças apuradas decorrem da inobservância, pela fiscalização, do procedimento previsto no Regime Especial aprovado pelo Parecer n° 5226/2005; **b)** nos meses de janeiro e março a julho, além da exclusão do CFOP 6109, foram considerados de forma equivocada o estorno de débito e as devoluções de compras de material de consumo, uma vez que já estavam incluídos na apuração; **c)** no mês de agosto, não foi utilizado o diferimento para o pagamento do diferencial de alíquotas do DESENVOLVE; e **d)** nos meses de outubro a dezembro, as diferenças decorrem da inobservância do Regime Especial e da consideração indevida de estornos de débito que já estavam incluídos na apuração normal.

Finaliza, pedindo a nulidade ou a improcedência da autuação.

O opinativo elaborado pela PGE/PROFIS, da lavra da Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa (fl. 558), opina pela rejeição da preliminar suscitada, ao argumento de que a autuação exige ICMS por descumprimento das regras que disciplinam o Regime Especial concedido pelo Estado da Bahia, não tendo havido, por parte do Fisco, desconsideração do referido regime.

No mérito, afirma que os aspectos alegados já foram enfrentados pela diligência da ASTEC, que culminou com o Parecer Técnico n° 205/2010, fls. 465/471.

Nesses termos, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

A preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo não merece acolhimento, uma vez que não houve, no curso do presente Auto de Infração, qualquer violação ao devido processo legal, nem se vislumbra a existência de quaisquer dos vícios gizados no art. 18, do RPAF vigente. Por outro lado, verifico que o presente Auto de Infração preenche todos os requisitos previstos no art. 39, do mesmo Regulamento, permitindo concluir que se trata de lançamento tributário válido e respeitante do primado da legalidade.

A questão relativa à eventual inobservância do Regime Especial concedido através do Parecer DITRI n° 5226/2005 (fls. 165/168) não se encontra no âmbito das nulidades, mas, sim, no próprio mérito da autuação, daí porque deixo de apreciá-la nesta oportunidade.

No mérito, deve ser esclarecido, inicialmente, que a ASTEC, em diligência determinada pela primeira instância administrativa, cujo resultado encontra-se condensado às fls. 465/471, adequou inteiramente o presente lançamento de ofício às disposições do Regime Especial concedido através do Parecer DITRI 5226/2005 e da Consulta respondida através do Parecer DITRI 6623/2008.

Na oportunidade, o diligente identificou que o sujeito passivo cumpriu as determinações dos referidos pareceres, exceto no que concerne à apuração da parcela dilatada pelo Programa DESENVOLVE, que foi calculada equivocadamente antes da apropriação dos créditos fiscais decorrentes do PROCOMEX, quando o correto seria, a partir do Regime Especial concedido ao contribuinte, apropriar os créditos do PROCOMEX antes da apuração da parcela incentivada. Esse equívoco do contribuinte resultou em apuração de um valor de ICMS não incentivado menor do que o correto e, conseqüentemente, num recolhimento a menos do imposto devido, o que justifica a manutenção, pelo menos em parte, da exigência contida na presente autuação.

Com relação especificamente às alegações deduzidas em sede de Recurso, elas não são suficientes para a modificação da Decisão de piso, como se demonstrará a seguir:

- a) diferenças decorrentes da exclusão do CFOP 6109 (remessa para industrialização) - o próprio fiscal autuante, em sua informação fiscal (fl. 445) acatou o argumento defensivo, corrigindo o lançamento tributário relativamente ao CFOP 6109. Não há, portanto, nenhuma correção pendente de realização. Insta ressaltar que a ASTEC, à fl. 469, faz detida análise quanto aos CFOP's que devem ser incluídos na apuração do imposto incentivado pelo DESENVOLVE, esclarecendo que devem ser expurgados os valores referentes às operações e prestações não vinculadas aos investimentos constantes do projeto aprovado pelo Conselho Deliberativo. Em razão disso, foi mantida a exigência fiscal com relação aos CFOP's, tanto de débitos quanto de créditos, que não atendiam a tal especificação, ou seja, não se referem ao que a legislação denomina operações próprias;
- b) inobservância, pela fiscalização, do procedimento previsto no Regime Especial aprovado pelo Parecer n° 5226/2005 - como visto linhas atrás, a fiscalização e a ASTEC observaram as disposições constantes do mencionado Regime Especial, bem como do resultado da Consulta elaborada pelo sujeito passivo. O saldo remanescente decorre, na verdade, da inobservância por parte do contribuinte quanto às disposições dos referidos textos normativos, por ter feito a apropriação dos créditos do PROCOMEX após a apuração do ICMS não-incentivado pelo DESENVOLVE, quando o correto seria apropriar tais créditos antes da apuração do ICMS não-incentivado;
- c) pagamento a maior do ICMS no mês de julho de 2005 - consoante esclarecimentos prestados pelo autuante (fl. 446) - não contrapostos pelo contribuinte -, não houve pagamento a maior; o

que ocorreu foi um equívoco cometido pelo sujeito passivo na apuração do imposto devido no referido mês, tendo sido recolhido o valor de R\$39.967,70, quando o correto seria R\$194.780,67. Vale registrar que esses valores foram revistos pela ASTEC, no demonstrativo de fl. 471;

- d) estornos de débito do exercício de 2006 - consoante esclarecido pelo autuante (fl. 446) - e também não contraposto pelo sujeito passivo -, não ficou comprovada a regularidade dos estornos de débito realizados pelo sujeito passivo;
- e) no mês de agosto, não foi utilizado o diferimento para o pagamento do diferencial de alíquotas do DESENVOLVE - consoante se observa da planilha de fl. 496, os valores relativos ao diferencial de alíquotas foram corretamente computados no montante de débito do ICMS relativo à atividade não-industrial do sujeito passivo. Registre-se que o diligente limitou-se a repetir o valor lançado a este título pelo sujeito passivo em seu Livro Registro de Apuração do ICMS de fls. 231/232 (Diferencial de Alíquotas - R\$108.136,32).

Se a apuração foi feita de modo equivocada, ou seja, se o contribuinte tinha direito ao diferimento do referido imposto para o momento da desincorporação de bem destinado ao ativo imobilizado, a ele cabia fazer tal prova, mediante a apresentação de todas as notas fiscais relativas às operações consideradas para o respectivo cálculo. Assim não agindo, é impossível ceder à argumentação recursal, para fazer incidir o permissivo contido no Decreto nº 8.205/2002 (art. 2º, I, "c") e na Resolução 71/2005, do Conselho Deliberativo do DESENVOLVE (art. 1º, I - fl. 170), que somente admitem a aplicação do diferimento da diferença de alíquotas nos casos de aquisição de bens do ativo imobilizado.

Com relação ao Recurso de Ofício, entendo não merecer reparo a Decisão de primeira instância, na parte em que desonerou o sujeito passivo, pois, como consignado pela Junta de Julgamento Fiscal, a conclusão adotada derivou do bem posto parecer elaborado pela ASTEC/CONSEF, que corrigiu todos os equívocos existentes no lançamento inicial.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232900.0009/09-0**, lavrado contra **PAPAIZ NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$342.121,05**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS