

A. I. N<sup>º</sup> - 108880.0401/10-6  
AUTUADO - ESPUMACAR DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO  
ORIGEM - INFAC INDÚSTRIA  
INTERNET - 27.04.2011

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N<sup>º</sup> 0084-04/11**

**EMENTA:** ICMS. 1. BENEFÍCIOS FISCAIS. 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 às regras em relação às parcelas incentivadas pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia (DESENVOLVE). Falta de atendimento de requisito legal para fruição do benefício. Infração 01 caracterizada. 2. INCLUSÃO DE OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS NO CÁLCULO DA PARCELA SUJEITA À DILAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei n<sup>º</sup> 7.980, de 12 de dezembro de 2001, tem por objetivos complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, fomentar a instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais e a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agro-industriais já instalados, entre outros. Não se mostra legal ou pertinente a inclusão de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros nas suas regras e beneplácitos. Rejeitada a preliminar de decadência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/12/2010, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$ 869.992,75, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas.

INFRAÇÃO 01 – Recolhimento a menor, em razão da falta de pagamento, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parte incentivada prevista no Programa Desenvolve. Está dito que a empresa recolheu o ICMS referente às parcelas não incentivadas fora das datas regulamentares, infringindo o disposto no art. 18, Decreto 8.205/2002 (fevereiro a setembro de 2005, Anexo 01). Valor exigido de R\$ 856.628,44. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n<sup>º</sup> 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – Recolhimento a menor, em virtude de erro na determinação do valor da parcela sujeita à dilação de prazo prevista no Programa Desenvolve. Consta que a empresa, em janeiro e outubro de 2005, adquiriu diversos produtos da sua unidade localizada no Estado de São Paulo, e os vendeu com as mesmas codificações e descrições das notas de entrada, caracterizando compra e venda de mercadorias (Anexo 02). Valor exigido de R\$ 13.364,31. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n<sup>º</sup> 7.014/96.

O autuado ingressa com defesa às fls. 358 a 374, afirmando que o débito não é exigível, seja porque está pago, seja porque ocorreu a decadência em relação ao direito do fisco de lançar o tributo, seja porque faltou fundamentação onde a Lei não admite presunção. Por isso, requer perícia documental para a declaração de nulidade do ato administrativo.

A auditora fiscal, nos seus dizeres, teria ignorado a linha de beneficiamento das matérias-primas (placas de espuma, conforme fotos juntadas), desconsiderando o processo artesanal e os acessórios agregados às mercadorias adquiridas, que foram vendidas somente depois de sofrer o processamento. Os insumos, por si só, possuem baixo valor de mercado, sendo que o alto valor agregado decorre da industrialização perpetrada.

O fato de os produtos possuírem as mesmas codificações e descrições das notas de entrada, em nada invalida a industrialização, já que este procedimento existe apenas para facilitar a identificação do material.

Os pagamentos foram efetuados de maneira correta, anteriormente à ação fiscal, fato que elide o ilícito de que é acusado e os juros de mora aplicados.

Em seguida, volta a suscitar nulidade, pois o Auto de Infração foi lavrado fora do seu estabelecimento e, no seu entender, a descrição do ilícito tributário é deficitária, quando deveria ser a mais pormenorizada possível, pelo que não é pertinente “*auférir a veracidade do fato gerador do crédito pretendido pelo Fisco, ainda mais quando se há fatos importantes a se atentar como no caso do beneficiamento, (...)*” (sic).

Diz que o art. 10, “*caput*”, do Decreto Federal 70.325/1972, que regula o processo administrativo fiscal da União e é aplicável subsidiariamente a este PAF - que não contém os “*elementos essenciais*” do art. 142, CTN” - estatui que a notificação deve ocorrer no estabelecimento do contribuinte.

Aponta ofensa ao princípio da legalidade, pois a autuante, sentada no seu gabinete, não teria como apurar a verdade material, pelo que agiu com fulcro em mero palpite, com extremo rigor, colacionando provas insubstinentes e erros exageradamente absurdos.

Quanto aos juros e à multa, colacionando jurisprudência, reputa-os excessivos no atual cenário econômico, sendo que esta última é abusiva e esmagadora, aplicada de forma automática e indiscriminada, sem considerar justificativas ou atenuantes a respaldarem a conduta do sujeito passivo.

Protesta pela produção de provas, repete o pedido de diligência e conclui pleiteando o “*cancelamento*” do Auto de Infração.

Na informação fiscal, de fls. 424 a 429, a auditora fiscal autuante aponta o art. 173, I, CTN, c/c 28, § 1º, Lei nº 3.956/81 e 965, I, RICMS/97 para aduzir que não merece acolhimento a preliminar de decadência.

A empresa autuada é beneficiária do Programa Desenvolve, aprovado pelo Decreto 8.205/2002, de acordo com a Resolução 28/2003, para produzir peças técnicas em espumas e feltro.

Transcrevendo o art. 18 do Decreto 8.205/2002, afirma que a infração 01 decorre de atrasos nos pagamentos das parcelas não sujeitas à dilação. A base de cálculo foi apurada no próprio Livro Registro de Apuração do ICMS (LRAICMS), tendo sido deduzidos os montantes pagos a título de imposto normal e dilatado.

A relação de documentos de arrecadação estadual de fl. 08 demonstra os atrasos apontados.

Com relação à infração 02, o contribuinte adquiriu diversos produtos da Espumacar Indústria e Comércio Ltda. sediada em São Paulo, e os revendeu, sem que tenha efetuado beneficiamento, caracterizando-se a compra e venda de mercadorias adquiridas de terceiros.

Na apuração desta infração, com o objetivo de identificar e separar as operações próprias e de terceiros, realizou roteiro de estoque de produtos adquiridos de terceiros e refez a conta corrente, conforme determinações da Instrução Normativa 27/2009.

Cita o art. 39, § 1º, RPAF/99 para rebater a argumentação de que o local da lavratura invalidaria o procedimento e finaliza mantendo a autuação.

## VOTO

Quanto ao período de homologação, deve ser observado que o CONSEF/BA, apesar do entendimento que já se pode reputar reiterado do STJ, até posicionamento em contrário da Procuradoria do Estado, vem decidindo que a decadência do direito de constituir crédito relacionado ao ICMS se opera de acordo com o art. 173 do CTN.

Em que pese o fato de parte da doutrina conceber que tal fixação somente se dá para estabelecer interstícios temporais menores do que o do art. 150, § 4º do CTN, é oportuno ressaltar que esse mesmo artigo confere à Lei competência para fixar prazo de homologação, o que no Estado da Bahia foi feito no art. 28 da Lei 3.956/81 (COTEB - Código Tributário do Estado da Bahia), que, no seu § 1º, determina o início da contagem a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, com dispositivo correspondente nos artigos 90 e 965, I do RICMS/BA.

O art. 107-B da Lei nº 3.956/1981 (COTEB/BA), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu § 5º dispõe que se considera ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 05 (cinco) anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Rejeitada, por conseguinte, a preliminar de decadência.

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza e minúcias a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos respectivos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

O § 1º do art. 39 do RPAF/99 estatui que o Auto de Infração deve ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração, não possuindo qualquer eficácia no presente caso a norma do Decreto Federal 70.325/1972.

Portanto, fica igualmente rejeitada a preliminar de nulidade.

Os acréscimos moratórios encontram-se encartados no art. 51, Lei nº 7.014/96, e a multa no art. 42, II, “f”, e falta a este órgão administrativo de julgamento atribuição legal para apreciar suposta inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, RPAF/99. Também não pode ser julgado – nesta instância – pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, consoante determinações dos arts. 158 e 159 do mesmo Regulamento.

Os autos estão devidamente instruídos, inexistindo lacunas, obscuridades ou dúvidas que ensejam a necessidade de diligência, pelo que indefiro o respectivo pleito.

Ao contrário do que asseverou o sujeito passivo, de que teria pago regularmente o tributo ora exigido, restou demonstrado, em especial nos documentos de fls. 07 e 08 e nas notas fiscais de fls. 52 a 337, cotejadas com as cópias do LRAICMS de fls. 338 a 351, que o mesmo: (i) não pagou, nas datas regulamentares, as quantias das parcelas não sujeitas à diliação de prazo, perdendo assim o direito ao benefício quanto à parte incentivada (infração 01); e (ii) errou na determinação do valor das parcelas sujeitas à diliação de prazo, em função de ter incluído nas mesmas algumas

operações de meras vendas de produtos adquiridos de terceiros (infração 02).

O Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, instituído pela Lei nº 7.980, de 12 de dezembro de 2001, tem por objetivos complementar e diversificar a matriz industrial e agroindustrial do Estado, fomentar a instalação de novos empreendimentos industriais ou agro-industriais e a expansão, reativação ou modernização de empreendimentos industriais ou agro-industriais já instalados, entre outros. Não se mostra legal ou pertinente a inclusão de vendas de mercadorias adquiridas de terceiros nas suas regras e beneplácitos (infração 02).

A metodologia aplicada na apuração deste ilícito tributário foi correta, pois a autuante efetuou roteiro de estoque de produtos adquiridos de terceiros e refez a conta corrente, com o objetivo de identificar e separar as operações próprias daquelas de terceiros, consoante estabelece a Instrução Normativa 27/2009.

De acordo com o art. 18 da precitada Lei, 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 (infração 01).

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108880.0401/10-6**, lavrado contra **ESPUMACAR DA BAHIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 869.992,75**, 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, 12 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR